CORSO DELLE ISTITUZIONI: 1

Georg Friedrich Puchta,
Antonio Turchiarulo



CORSO

DELLE ISTITUZIONI

DI

G. F. PUCHTA

TRADOTTO E PRECEDUTO DA UN DISCORSO

DA

A. TURCHIARULO

PRIMA EDIZIONE

VOL. I.

NAPOLI
TIPOGRAFIA ALL'INSEGNA DEL DIOGENE
Strada Fuori Porta Medina a Montesanto. 28
1854



Tutte le copie non firmate dal traduttore saranno considerate come contraffatte.

DISCORSO PRELIMINARE

SUL RAPPORTO DEL DRITTO ROMANO COLLA CIVILTÀ PRESENTE

Dall'albero dell' umanità spunta fiore sopra fiore —
Ogni fiore è un popolo, un territorio.

FREILIGRATH.

I.

Occorrono alcuni fatti nella storia, i quali dopo avere esaurite le forze e l'attività di più generazioni per sorgere ed attuarsi, dopo avere formato il principio e l'elemento predominante d'una intera civiltà, stancano posteriormente il pensiero riflesso e l'intelligenza dei posteri, che si affaticano a spiegarli e comprenderli. Come tale ci si porge il dritto romano. Nei secoli, in cui più fiero e rigoglioso era lo spirito della terribile repubblica fu nella città il principio della vita civile romana, il contrastato obbietto delle lunghe ed avvicendate lotte fra patrizii e plebei, al di fuori fu l'idea, che le armi romane fecero trionfare sulle antiche e contemporanee civiltà, il vessillo che la madre patria dava alle colonie che spingeva sulle terre conquistate, fu il desiderio e lo scopo, per il quale si batterono i popoli più civili di quel tempo, e che più da vicino sentivano l'aura della civiltà romana. Nei tempi posteriori ed a noi più vicini del medio evo, quando l'edificio della precedente civiltà crollava contro l'urto dei secoli e di popoli portatori di novelli destini per l'umanità, ed ogni forma antica sfasciavasi al lavorio sordo e lento ma continuo ed irresistibile del novello spirito della storia, tenevasi fermo il dritto romano, che anzi sembrava vincere l'urto e la resistenza di quello, che riusciva per tutt'altro invincibile, formava la prima manifestazione di vita nella moderna civiltà, s' imponeva come legge ai popoli barbari, e si faceva riconoscere come tale da questi divenuti civili; e fin dal tempo, in cui il pensiero moderno si apriva alla scienza ed alla riflessione forma l'obbietto, sul quale si concentra lo studio e l'attività delle più forti intelligenze. Supponiamo per poco, che un patrizio romano risorgendo a novella vita e percorrendo luoghi e tempi diversi avesse potuto aggirarsi per le affollate università italiane del medio evo, percorrere molti paesi della moderna europa, essere presente alle discussioni del corpo le-

gislativo francese, leggere i lavori che i giureconsulti della dotta ed indefessa Germania versano sul rimanente dell' Europa. costui udendo ripetuto dapertutto il dritto romano, e come legge e come ragione scritta, quante volte non si guarderebbe intorno credendo vedere ancora la sua Roma, il Campidoglio, il Foro, vivere ancora fra il suo popolo, e quale non sarebbe la sua maraviglia scorgendo luoghi, costumi, fogge e parlare diverso? Nè questa meraviglia sarebbe al tutto strana; nè vuolsi considerarla come un semplice effetto d' ignoranza; essa può divenire per noi un problema storico, ed essere formolata scientificamente nel seguente modo: se è vero, che ogni popolo ha uno spirito proprio, che forma il principio determinante della sua civiltà, e che i diversi elementi e manifestazioni di questa essendo l' emanazioni di una fonte comune debbono formare fra loro un' organismo vivo ed armonico, e se è indubitato, che il diritto come uno di questi elementi dee rispondere alle condizioni speciali storiche, fra le quali fecondossi e si svolse, come mai il dritto romano, ch' essendo la creazione d' un popolo, che rappresentò nella storia un principio proprio, deve necessariamente riflettere una tale specialità, può essere nella moderna Europa la fonte, dalla quale attinge il giureconsulto ed il legislatore; il tipo sul quale furono modellati i codici di nazioni tanto varie e differenti dall' antica?

In un tempo, del quale la riflessione scientifica forma lo spirito predominante, e questa non mancò certo di ardire o di attività per agitare i più grandi problemi astratti e storici, era impossibile, che un tal fatto passasse inosservato, e molti e varii furono i modi, onde gli autori si pruovarono a spiegarlo. Quasi tutti si affaticarono ad enumerare singolarmente i pregi, che fanno eccellente il dritto romano, e che ne formano la utilità per gli studiosi del dritto e per gli uomini pratici. Senonchè deesi osservare contro questi, che per legittimare i fatti storici non basta indicarne l' utilità per una classe ed anche per una generazione. Se non avessero che una importanza puramente materiale e subbiettiva, questa si arresterebbe colà, dove cessa l' esistenza di coloro che ne sono personalmente favoriti, nè comprendesi perchè la storia dovrebbe prenderne registro, o quale bisogno o stimolo sentirebbero i posteri a volgersi ad un fatto, che sarebbe irreparabilmente perduto almeno per la generalità. Altri opinarono, che nel tempo del risorgimento dei comuni manifestandosi in questi una civiltà precoce, particolarmente in Italia, e formandovisi relazioni complicate e varie, per le quali era povero ed incompiuto ogni altro dritto, fu naturale il ricorso al dritto romano. Ma anche questa opinione nulla spiega, giacchè senza considerare, ch' essa ritiene il dritto come un fatto indipendente da tutto il rimanente contesto storico, e tale da potervisi aggiungere o togliere esternamente ed a capriccio, o questo ricorso al dritto avvenne necessariamente, ed in questo caso rimarrebbe sempre a dar ragione d' una tale necessità, o volontariamente, e non comprendesi, come in tempi che difettavano particolarmente d' idee generali e dei mezzi di comunicazione, popoli tanto diversi fra loro per origine abitudini e costumi avessero potuto convenire tutti in un medesimo pensiero.

Altri invece di spiegare evitarono il quesito da noi proposto osservando, che il dritto romano qual' esso ci è pervenuto, non è più il prodotto del mondo romano, ma l' opera formatasi sotto il potere ed il lavoro dello spirito della novella civiltà, e che quindi

non vi abbia alcuna differenza di origine fra l'uno e l'altra. Non saremo *certo* noi, che negheremo la legge di successione e di movimento nella storia, che è propria del mondo fisico come del morale e dello storico. Certo la pianta, che spande ora largamente i suoi rami, e sta salda all'urto dei venti e della bufera, è diversa da quella, che l'industriosa mano dell'agricoltore piantò tenera e fragile: l'uomo della vecchia età ricorda appena l'altro della fanciullezza; nuovi lineamenti sostituirono le primitive fattezze; differenti sono i suoi bisogni, sentimenti, le sue idee e rimembranze, ben altra è pure la sfera della sua esistenza: così pure la civiltà d'un popolo e con essa i suoi singoli elementi e perciò anche il suo dritto non è certo la stessa nella sua origine e nella decadenza: essa si modifica per evoluzione dialettica e reale del principio, che l'informa, e per il potere di tutto l'aggregato delle cause, che vi operano esternamente: così parimente il dritto romano del tempo dei grandi giureconsulti differenziavasi da quello delle XII Tavole, ma da questi cambiamenti potrebbesi forse dedurre, che non sieno la stessa pianta, lo stesso uomo, la stessa civiltà, lo stesso dritto nei differenti periodi della loro esistenza? Non può certo negarsi, che il Cristianesimo avesse conferito moltissimo sul dritto romano, ma è questo un fatto, ch'entrerebbe nella differente quistione, in che lo spirito moderno à modificato il dritto romano. Noi parliamo nella supposizione, che nessuno volesse considerare il dritto romano che ci è pervenuto, come il prodotto di Giustiniano, giacchè l'opera di questo non fu altro che lo sforzo di ridurre ad uno scopo pratico le opere dei grandi giureconsulti; dal che si comprende, quanto discapito ne provenisse al dritto sotto il rispetto scientifico e storico.

Noi ci pruoveremo a spiegare la presente quistione colle idee generali della storia, dalle quali dovrà risultare, che l'esistenza del dritto romano nella civiltà non è l'effetto dell'arbitrio dei posteri o della utilità d'una classe, ma è una necessità; e che lo crederemo giustificato, solo quando ci appaleserà come l'effetto d'una legge necessaria, essendo questa la sola condizione, che giustifica e spiega i fatti storici e sociali.

II.

» Un principio unico ed assoluto è condizione ed essenza della storia: la sua azione e manifestazione in questa è perenne e continua, necessario ed immutabile il movimento. Ma benchè un tale principio sia obbiettivamente indivisibile, nondimeno quando si attua nel campo della storia, quando si veste di realtà, si distingue in altrettanti momenti, ed a momenti è pure sentito e pensato, giacchè il tempo e lo spazio, che sono il teatro della storia, ed i popoli che ne sono gl'istrumenti e gli attori, sono condizioni pur troppo finite e terminate, perchè potessero rappresentare e riflettere nella sua generalità l'assoluto e l'infinito del principio istesso. Sono questi momenti altrettante idee, le quali benchè assolute rispettivamente alla storia sono tuttavolta relative rispetto al principio, dal quale emanano; e perchè niuna di esse è per se sola bastante a rappresentarlo, è necessità, che si succedano, e questa loro successione pone le vicende e le differenze storiche, per le quali distinguonsi i luoghi, l'epoche ed i popoli » (1). Da ciò deducevamo la necessità di due elementi nella storia, l'u-

(1) Discorso preliminare del trad. ai *Rag. stor. di Savigny.*

no continuo ed invariabile, sebbene manifestantesi a momenti, l'altro passaggiero e variabile composto da tutto l'aggregato delle forme periture e fenomeniche, per mezzo delle quali il primo si rivela e si attua: e riflettevamo inoltre, che la considerazione parziale ed esclusiva di ciascuno di questi elementi dette origine a due scuole differenti, che per essere preoccupate d'un solo principio e per l'opposizione fra loro andarono negli estremi, e riuscirono perciò entrambe parziali ed incompiute, dovechè la verità della storia si ripone appunto nell'accordo di questi due principii, e nel temperamento di questi due elementi storici. Solo quando a ciò si adempie, la storia potrà dirsi veramente filosofica, come la denomina il più recente e più grande filosofo di Berlino: colla quale denominazione si accenna all'uno ed all'altro elemento, giacchè la parola *storica* comprende tutta la realtà esterna; l'espressione *filosofica* indica per contrario l'idea, che l'informa. Pria di dedurne una conseguenza per il nostro quesito dai principii summentovati, per trarne una soluzione di questo, almeno in quel modo, che da noi s' intende, crediamo utile far parola d' un metodo di considerare la storia generalmente seguito dai più degli scrittori storici, e che per un'apparente simiglianza viene communemente confuso col filosofico, sebbene diverso ne sia il procedimento intellettuale, come differenti ne sono i risultati. Ciò facendo ci giova sperare, che non vorrà considerarsi un tale esame come estraneo al nostro proposito; giacchè molte volte nulla vale meglio a chiarire ed a pruovare un pensiero o un sistema, quanto la considerazione d'un pensiero o sistema contrario; nè si vorranno attribuire le nostre parole ad uno spirito di critica oziosa e millantatrice; stantechè se per poco fosse vero il metodo storico, al quale accenniamo, la risoluzione, che intendiamo dare al proposto quesito, sarebbe falsa e fantastica. Un tal metodo è denominato dal medesimo filosofo *metodo riflessivo*. Le sue manifestazioni letterarie sono però differenti; e secondo queste differenze possonsi pure classificare coloro, che lo concepirono e l'applicarono. Alcuni di questi facendosi a percorrere la storia col proposito di valersene a sostegno delle idee preconcette invece di piegare il proprio spirito a seconda dell' indole dei tempi e dei popoli, sforzarono e falsarono gli avvenimenti per modellarli sul proprio pensiero. Occorre quindi leggere sovente in questi autori racconti di battaglie da poter servire di modello alle battaglie di tutti i tempi, condottieri di orde selvagge parlare il linguaggio della lunga esperienza e di consumati studii sull' arte della guerra; ministri e principi barbari pronunziare giudizii e riflessioni sulla giustizia e sull' arte governativa, che farebbero onore al più abile avvocato, ed al più elegante diplomatico del tempo.

Non poche volte pure la storia fu usata come una semplice occasione di svolgere delle riflessioni morali: e tutti i pedagoghi non mancarono di ripetere l'antico lamento sulle passioni umane, e sull'innocenza della vita pastorale ed agricola, credendo dare pruove della propria eloquenza declamando contro l' ambizione d' un Alesandro o d'un Cesare, donde seguirebbe, « che perchè nessun pedagogo invase mai la Persia, o passò il Rubicone, essi sarebbero migliori del capitano Greco, o Romano». Certo la morale è quanto di più nobile, che anzi costituisce il solo merito della vita privata: ma tutt' altro è il campo, in cui si agita lo spirito della storia: se ciò non fosse, come mai si spiegherebbe, che mentre guardasi con ribrezzo l'omicida, l'umanità eleva dei trionfi a coloro, che semina-

rono di cadaveri un campo di battaglia, e fecero per lunga stagione biancheggiare di ossa umane vaste contrade?

Altri autori non studiano la storia per se stessa, ma per fecondare il principio ripetuto fino alla noia, che la storia sia la maestra della vita, e quindi persuadono governanti, popoli e capitani allo studio della esperienza. Questo metodo oltre di essere sommamente anti-scientifico, perchè porrebbe a fondamento della scienza, che è per se stessa assoluta ed invariabile, l'utile immediato e subbiettivo, non può essere giustificato nè anche sotto il punto di considerazione della *utilità pratica*, che sembrerebbe inorpellare la sua erroneità. Gli autori di esso non abbadarono, che quello che ci apprende l'istoria si è, che gl' individui, ed i popoli che operarono grandi cose non appresero mai dalla storia, com'essi dovessero operare, e furono attivi e grandi, non imitando gli esempi di questa, ma seguendo le proprie ispirazioni, e regolandosi secondo i bisogni del momento: essi sconoscono, che ogni tempo à la sua specialità, la sua indole propria, che non può esser divinata e giudicata che in se stessa. Nel tumulto degli avvenimenti non giova un principio generale ed astratto: quando questi premono e s'incalzano, si tenterebbe invano di arrestarli e governarli opponendovi la fievole ed inerte memoria del passato. Che avverrebbe d'un popolo, d'un principe o d'un capitano, se nei momenti supremi e di pericolo dovesse ritrarsi dal campo dell' azione per raccogliere le sue rimembranze, per svolgere gli antichi annali, ed apprendere da essi quello, che stante la successione rapida degli avvenimenti non patisce alcun ritardo? Nulla a tal proposito è più noioso, che il tanto ripetuto richiamo agli esempi dei Greci e dei Romani: certo se questi invece di muoversi a seconda del proprio spirito avessero speso il loro tempo ad apprendere ed imitare i fatti degli altri popoli, non sarebbero stati nè Romani nè Greci.

Un' altra manifestazione del metodo riflessivo si presenta con un maggiore fondamento di verità, e certo sebbene essa fosse erronea relativamente alla scienza storica considerata in se ed indipendentemente dalle condizioni di fatto o di tempo, pure non fu la semplice creazione dell' intelligenza astratta ed individuale, ma fu una necessità del tempo, in cui originossi, il primo passo indispensabile, perchè il pensiero moderno si elevasse al concepimento della storia ideale dell'umanità, e dovette necessariamente precederla, essendo una legge essenziale dello spirito umano allargarsi successivamente dal particolare al generale, dal singolare all' universale. Gli autori, che applicarono un tal metodo nella trattazione della storia furono persuasi dalle seguenti osservazioni, e con queste cercarono giustificarlo scientificamente. La natura umana essendo la medesima in tutti i tempi ed in tutti i luoghi, è necessario che i popoli sorgano, progrediscano nella civiltà, e decadano colle medesime leggi: ed applicando un tale principio seguirono nella trattazione della storia un metodo di assimiliazione sia modellando la storia degli altri popoli sopra quella, che potette essere più immediatamente l'obbietto delle loro osservazioni storiche, sia generalizzando questa a tempi e popoli differenti. Così Aristotile osserva e dimostra, che l'uomo è condotto dalla sua natura alla famiglia, dalla famiglia alla città, dalla città alla nazione: è questa certo una legge uniforme sull'origine di tutte le nazioni. Macchiavelli avendo presente lo spettacolo dell' avvicendato

contrasto fra i principati e le republiche italiane, non vede nella storia antica che questi due elementi, e ne discorre e giudica con quel criterio e con quelle idee, che poteva averne concepite un cittadino dell'agitata Firenze: il suo concetto fondamentale si è, che la storia non è altro che l'eterna ripetizione del medesimo sistema, che si forma ed è distrutto per riprodursi novellamente. Paruta, Boccalieri, Sarpi, e Bottero seguirono le tracce segnate dal sommo scrittore fiorentino. Vico profondo filosofo e rappresentante di questa teoria, oltre di riassumere in se tutte le tradizioni del passato, e di avere compita l'opera del Macchiavelli, ebbe il merito d'investigare la storia ideale non nei fatti come lo storico fiorentino o negli astri, come il Campanella, ma nelle leggi stesse dello spirito umano. Montesquieu fu per il dritto quello che Vico per la storia delle nazioni. Essendo preoccupato dalla storia politica inglese, perchè in questa il fatto dominante è il perenne moto ed avvicendarsi dei tre elementi, il monarchico, l'aristocratico, ed il democratico, egli investigò questi medesimi elementi nella storia del dritto di tutti i popoli e di tutti i tempi. E non sono in fine molti anni, che Guizot diceva dalla pubblica cattedra, che scrivendo la storia di Francia, egli ritraeva quella di tutta la civiltà europea (1).

Questa teoria, che noi possiamo denominare teoria delle nazioni, è essenzialmente analitica e sperimentale in opposizione della teoria dell'umanità, che è ideale e sintetica: la prima si arresta a quello che fu, l'altra considera il passato solo in quanto mostra un processo graduato e successivo verso uno scopo ultimo ed universale: essa à il torto d'isolare le civiltà nello spazio o in periodi circolari, di sconoscere che i popoli e le nazioni non hanno una esistenza indipendente, ma succedonsi nel seno dell'umanità, che questa è al di sopra di tutto quanto il pensiero umano può astrattamente concepire di particolare nella storia. Certo non può negarsi, che le nazioni hanno tutte una medesima natura, ma ciò è vero della loro natura considerata astrattamente, e non di quella modificata dallo spirito del tempo e dalle altre condizioni storiche esterne. Scorgonsi in esse gli stessi istinti, le medesime tendenze e passioni, gli stessi vizii e virtù, tutte le più grandi manifestazioni dello spirito umano, arti scienze, letteratura, poesia sebbene in gradi differenti: ma coloro che si arrestano a questi grandi fenomeni confondono lo scopo ultimo della storia coi mezzi e cogl'istrumenti esterni coi quali quello si attua e si compie. Per esempio, la lotta dei patrizii e dei plebei in Roma non costituisce l'espressione ultima della storia romana; l'idea ultima di questa è superiore alle piccole passioni del tempo; essa si serve del contrasto dei partiti per attuarsi: questi ne sono quasi i fattori: ma non si confondono certo con quella. E perchè un tal fatto trovasi quasi ripetuto in tutte le storie, si vorrebbe forse indurne una simiglianza o identità fra queste? Oltrecchè questi fatti e feno-

(1) Una sistimatica applicazione di questo metodo fu fatta recentemente alle più importanti materie del dritto e nella storia dei popoli più inciviliti sì antichi che moderni da Vincenzo Lomonaco nella sua *Storia dei principii della legislazione*, e di cui uno dei più grandi giureconsulti viventi della Germania scriveva: « Il signor Lomonaco ha pubblicato un sublime lavoro, una comparazione dei principii filosofici del dritto con lo svolgimento delle idee dominanti nelle legislazioni dell'antichità e del mondo germanico, eseguita per i più importanti istituti giuridici *Beilag. zur. allgemein. Zeitung*. 32. 1. feb. 1846.

meni generali, sebbene apparentemente i medesimi, sono nella loro sostanza ed espressione differenti, modificantisi a seconda della varietà dello spirito dei tempi. Bisogna essere al tutto preoccupato dalle proprie idee per confondere il dispotismo della Cina con quello degl'imperadori Romani: nell'Oriente non conoscesi la successione testamentaria, come presso i popoli germanici: si dovrà dunque confondere lo spirito di famiglia orientale col germanico? Si ravvisano certo nella storia alcune leggi generali, con cui l'esistenza storica degli individui e delle nazioni cade e perisce, come per esempio, che lo spirito *è materiale* prima di essere astratto, che la spontaneità precede essenzialmente la riflessione: ma queste leggi sono per così dire le tracce per le quali si muove ed avanza lo spirito della storia, e possiamo dirle piuttosto la parte negativa, anzi che l'elemento attivo di essa. Indicare le leggi, colle quali si attua un principio non vale indicare il principio istesso, come dopo aver descritte le leggi fisiche ed astronomiche non si avrà perciò una maggiore conoscenza di quello, che la natura ed il movimento degli astri esprimono, ed a cui tendono. Le leggi sono la forma interna, colla quale si attua un principio: formano anche l'obbietto della scienza della storia, ma subordinatamente al principio, al quale servono. Se la scienza della storia fosse circoscritta allo studio di queste leggi, basterebbe la conoscenza della storia d'un sol popolo, perchè riuscisse oziosa quella degli altri, e si avrebbe in tal modo la chiave di tutte le civiltà future. Senza un addentellato comune fra tutte le nazioni, senza un fine generale fra esse, e nel quale mettano capo i loro fini particolari, senza un sostrato universale non potrebbesi spiegare e comprendere perchè il cuore umano tanto s'interessi allo studio del passato, perchè non sia al tutto indifferente per esso quello che fecero ed operarono gli altri popoli. Se ogni nazione vivesse giorni isolati, se la sua esistenza storica fosse circoscritta in quello spazio e tempo, nel quale visse, essa sarebbe irreparabilmente perduta nel momento, che cesserebbe dalla sua attività, sarebbe un nome vano, una rimembranza aggravante, e non comprendesi in che potrebbe interessare i secoli a venire. Senza una successione graduata delle diverse civiltà, senza un ordine logico e necessario fra loro, perchè l'Oriente fu vinto dalla Grecia, questa da Roma, e Roma dal mondo germanico? Se fosse vero che la storia dell'umanità non presenta che un corso e ricorso, s'essa non fosse che la ripetizione d'un medesimo sistema, perchè affermasi che la Grecia è il mondo delle arti? Roma quello del dritto? Essendo lo spirito umano il medesimo dapertutto, in difetto d'un principio esterno, che diversamente lo modificasse, non vi sarebbe la ragione, perch'esso sia artistico in Grecia, politico in Roma, subbiettivo ed astratto nel mondo moderno. Certo vi è nella storia un corso e ricorso, un apparente ritorno alla barbarie, vi sono delle manifestazioni e dei fatti generali, che possonsi osservare in tutti i tempi e luoghi, delle leggi universali colle quali le civiltà ed i popoli sorgono e decadono, ma non formano questi l'ultimo obbietto della storia: « si donc les nations passent, et si l'humanité s'avance toujours, si les civilisations » passent, et se succedent en profitant également de la vie et de la » mort des peuples, qui les ont préparées, il faut conclure, que l'histoire ideale est plus vaste que l'hi-

» stoire des nations, plus grande que » l'expérience, et qu'on doit l'étudier » dans l'humanité » (1). Se dunque le due leggi generali del movimento e del processo della storia sono da una parte quella di continuità, necessaria conseguenza dell'unità ed invisibilità del principio, che vi si attua, e dall'altra quella della mutabilità, che proviene dal modo e dalla forma successiva d'una tale attuazione, è necessario, che fra le civiltà succedentisi vi fosse un punto di connessione, che l'una mancando lasci un addentellato, onde l'altra prenda le sue mosse: e questo punto di connessione, questo addentellato consiste in ciò, che come momento di passaggio da un'epoca storica in un'altra l'idea dell'antica civiltà si trasmetta, e venga necessariamente a fondersi nella novella, colla differenza però, che dove essa formava nell'antica il principio predominante ed informatore di tutti gli elementi sociali, rappresenta nella civiltà rinascente una parte secondaria, è un semplice istrumento di cui si avvale il novello spirito per l'ulteriore lavoro storico, un materiale, che questo trasforma e modifica per accomodarlo alle creazioni proprie e conformi alla sua natura. Questa legge storica che il concepimento astratto della storia ci pruova come necessaria, è confermata dalla esperienza: la quale ci pruova, che ogni popolo, che nasce, ha nella coscienza un sentimento irresistibile, sebbene inavvertito, che lo fa guardare al passato. Ognuno conosce quanta forza esercita la tradizione sullo spirito umano, fosse anche il più giovine ed indipendente.

Non importa per il nostro quesito investigare, in qual modo il mondo greco si connette coll'orientale, ed il romano col greco, ma ricercare l'elemento, che Roma trasmetteva alla civiltà moderna, il momento di connessione fra l'una e l'altra. Per rispondere a questa quistione, dalla quale dipende la soluzione di quella sopra proposta, è necessario investigare quale fu il principio della civiltà romana; stantechè se un popolo non può trasmettere ad altri idee ed opinioni che gli furono estranee, e se la sua idea predominante è il solo patrimonio che esso può legare ai posteri, l'idea romana può e dee essere necessariamente il solo punto di riannodamento fra Roma ed il mondo moderno, il solo obbietto di tradizione che connette l'una all'altro.

III.

I più di coloro, che si fecero a considerare filosoficamente la storia romana, ed ad investigarne l'idea predominante, crederono scorgerla nella opposizione dei patrizii e dei plebei. Ed invero, se per il giudizio sulla verità d'una opinione fosse bastante criterio il numero o l'autorità di quelli che la sostennero a cominciare dal Macchiavelli e dal Vico fino ai più recenti giureconsulti e storici tedeschi, noi dovremmo ritenere questa come la più vera. Ma siccome i nomi e l'autorità riguardano la parte esterna e possiam dire fenomenica d'una quistione senza nulla decidere sulla sua intima verità, non possiamo ammetterla, quando ragioni di ben altra natura ci persuadono del contrario. Certo, ove si volesse tener dietro all'apparenza e non penetrare addentro nella natura delle cose, la lotta dei patrizii e dei plebei è il fatto, che con più evidenza si appalesa da tutto il processo della storia romana, ca-

(1 Ferrari, *Essai sur le principe et les limites de la philosophie de l'histoire* p. 118.

pace parimente di appagare con una qualche probabilità la mente d'uno storico, che non si arresti alla semplice generalità, ma cerchi vederla incarnata ne'particolari della vita pubblica e privata, delle idee e dei fatti. Non può negarsi, che i patrizii ed i plebei sono due classi e meglio due popolazioni, che aventi tradizioni, origini, sentimenti ed anche interessi distinti rappresentarono due principii diversi, quello dell'esclusione e del libero movimento, formolati nel dritto come *ius civile* e come dritto delle genti: e che siccome queste due popolazioni sono i fattori della storia romana, così le loro diverse tradizioni, tendenze, e differente modo di concepire riprodussero la medesima opposizione, e furono la causa di quel dualismo, che si riflette da tutti i particolari del dritto, della vita, e della storia romana. Ma il principio d'una civiltà non può essere quello dell'opposizione e del contrasto, giacchè questo è in perfetta contradizione con i requisiti e le condizioni necessarie per l'origine e l'esistenza d'una civiltà. Ed avanti tutto non comprendesi come due popolazioni varie e differenti fra loro avessero potuto scontrarsi in un medesimo luogo e rimanere insieme senza una forza superiore che le tenesse strette, e ne impedisse la dissoluzione. Deesi inoltre osservare, che sarebbe mancata l'unità, senza la quale non è possibile attuare alcuna cosa di grande e di buono: nè lo spirito d'una tale storia potrebbe essere progressivo, giacchè diviso (se pure ciò fosse possibile) trionfando ed avanzando da una parte soccomberebbe e retrocederebbe dall'altra, sicchè si avrebbe il risultato al tutto negativo della estinzione dei due elementi contradicentisi, al quale mette capo il sistema d'uno dei più ingegnosi giureconsulti tedeschi (1); e l'istoria ci presenterebbe il tristo e disperante spettacolo, che il sudore ed il sangue sparso di tante generazioni, che tante guerre combattute, che i sagrifizii di tanti eroi del mondo romano, molti secoli di storia, l'esistenza d'un intero popolo, ed il fatto d'una civiltà sarebbero stati una meteora passaggiera, un inutile travaglio, senzachè fosse dato ai posteri ed all'umanità raccoglierne le spoglie. Certo i patrizii ed i plebei figurano moltissimo ed anche soli nella storia romana, ma essi sono i rappresentanti personali e gli strumenti dello spirito di questa storia: al di sopra dei due partiti sta il popolo romano, come Roma comprende il se le due sedi delle due popolazioni, il Campidoglio e l'Aventino, come il dritto romano consiste dello *ius civile* e di quello delle genti. E se i patrizii ed i plebei nel caldo e nell'agitazione delle loro discordie cessano nel momento del pericolo della patria comune dalle lotte cittadine, e confondendo le loro fila e formando la massa enorme e compatta della terribile legione pugnano gli uni a fianco degli altri, è necessario un principio di riannodamento, che soffocando le loro private discordie presenti ai due partiti un interesse comune e generale. E questo è lo spirito della storia romana, che spazia su tutti i sette colli della grande città, forma dei due partiti un sol popolo, dello *ius civile* e *ius gentium* un diritto comune, che si avvantaggia di ciascuna sconfitta o trionfo civile, e che infine servendosi di braccia ed armi romane patrizie e plebee pugna contro le civiltà antiche e contemporanee, e trionfa a Zama ed a Magnesia della Grecia e di Cartagine.

Altri hanno riguardata la guerra

(1) Eduardo Gans, *Dello svolgimento del dritto di successione nella storia Romana*. Trad. It.

come l'idea predominante della storia romana senza considerare, che questo è un semplice fatto, una manifestazione, che invece di poter essere il sostrato della vita d'un popolo lo suppone, giacchè è necessario supporre sempre un proposito ed uno scopo al guerreggiare, sebbene il più delle volte le parti belligeranti non abbiano coscienza di esso: ma ammettere la guerra come fine a se stessa, sarebbe cosa piuttosto animalesca e ferina, alla quale quando pure si prestasse la natura immediata dell'uomo, vi ripugnerebbe certo quella riflessa, e che ha già fatti i primi passi nella civiltà. Anche sotto altri rispetti la guerra non può essere il principio d' una civiltà: questo è per se stesso continuo, e non ammette interruzione alcuna nel suo svolgimento: dove per contrario non è facile concepire un popolo sempre in guerra. Quando ciò potesse essere, pochi sarebbero gli anni della sua esistenza storica, giacchè perdendo, la forza fisica, che è l'istrumento immediato della guerra, sarebbe soppressa da una forza maggiore; vincendo, la sua attività si estinguerebbe mancando l'obbietto ed il campo, sulla quale potrebbe esercitarsi. Il primo è per se stesso produttivo di tutte quelle manifestazioni, il cui insieme dicesi civiltà d'un popolo, dovechè la guerra per contrario è per se stessa distruggitrice, ed è nel mondo morale della storia quello che la bufera nel fisico della natura. Essa considerata astrattamente dal principio, a cui serve di strumento, che solo può giustificarla, è naturalmente negativa, stantechè bastano pochi anni per cancellare i segni e le tracce del furore guerriero, ed anche la memoria di coloro, che ne furono i vincitori o le vittime; è negativa anche filosoficamente, giacchè l'espressione della guerra si è, che un popolo nega la civiltà o l'esistenza storica di un altro popolo, e cerca combatterla colle armi: e la negazione non fu mai una realtà nella vita privata e pubblica, e suppone sempre un elemento positivo e certo, la cui affermazione importi la negazione dell'altro.

Molto meno l' astratta personalità può essere considerata come il principio del mondo romano, per quanto un tale pensiero fosse ingegnosamente giustificato nella connessione logica del sistema storico del filosofo di Berlino: l' una è una qualità puramente subbiettiva, individuale, dovechè l'altro è obbiettivo, generale, la prima è paga di vivere in se stessa ed in qualche modo ripugna all' azione ed all'attività; dovechè la vita d' un popolo è per se stessa attiva ed agitata, nè comincia dall'astrazione ma dal concreto e dal fatto. L'astratta personalità può essere lo stato subbiettivo d' un popolo in decadenza, e che non abbia più la forza di operare nel campo della storia: e ciò avvenne del popolo romano nei giorni della sua agonia.

IV.

Se è vero che il principio predominante della civiltà d'un popolo è quello, che si addimostra tale in tutti gli elementi e manifestazioni della sua vita, ed in tutti i momenti dello svolgimento organico del suo spirito, e che quando questo si estingue, è il solo superstite alla ruina dell' edificio della sua civiltà, protraendone in certo modo l'esistenza coll' addivenire uno degli elementi dell'epoca novella, noi possiam dire, che il popolo romano, sia che si consideri nel periodo favoloso della sua storia, o in quello della maggiore sua grandezza e forza, o nella sua decadenza, rappresenta nella successione storica delle nazioni l' idea del dritto, ossia che il mondo romano è quello del dritto.

È un fatto che l'osservazione storica ci mostra, e che perfettamente risponde alle leggi psicologiche dello spirito umano, che tutti i popoli cominciano la loro vita storica dalla religione e dalla poesia. La prima forma in questo periodo il solo legame che possa rattenere e temperare animi ripugnanti e disdegnosi di qualunque freno o soggezione, è l'unica condizione della futura unità nazionale, giacchè senza essa guerreggerebbero tra loro o si terrebbero dispersi, e sarebbe quindi impossibile la formazione degli organi delle società, che sono il prodotto della forza e dell'attività associate di molte. La poesia in questo stesso periodo è la sola manifestazione intellettuale, di cui sia capace lo spirito passionato ed immaginoso d'un popolo giovine, è la sola arte, alla quale affida le sue fantasie, i sentimenti, le sue memorie, i suoi vanti nazionali, ed è in questo tempo il solo testimonio, che faccia conoscere ai posteri lo spirito e le gesta degli avi loro. Nella storia romana per contrario ogni altro elemento è secondario e posteriore a quello del dritto, che nei due periodi di essa, della republica e dell'impero, si manifesta sotto la doppia forma, di dritto pubblico, che è quello incarnato nel concetto più vasto dello stato, e nell'altra del dritto privato. Lo stato era già costituito, quando fuvvi introdotta la religione: Numa fu posteriore a Romolo; in qualunque senso si volessero intendere queste figure mitologiche, l'espressione del fatto è sempre la medesima: la stessa parola *religio (ligare)* ha un senso politico di dipendenza esterna. Se gli Dei della Grecia erano stati il prodotto d'una fantasia brillante ed immaginosa, non altro che delle figure poetiche: se i tempii e le loro statue furono l'effetto d'uno spontaneo e potentissimo amore per il bello e per le divinità; nel mondo romano per contrario la fantasia è agghiacciata sotto il grave e tenebroso ammanto della politica, non è più l'ispirazione poetica che detta le divinità, ma il bisogno e l'interesse dello stato e della vita sociale. I Romani veneravano la *pax*, *tranquillitas Vaccina*, *Angeronia*, consacravano altari alla peste, alla fame, a *Robigo*, alla febbre, ed alla *Cloacina*. Giunone non è più per i Romani come per i Greci la sola *Lucina*, la dea che assiste al parto, ma è anche *Iuno ossipagina*, che forma le ossa del fanciullo; Giove è il *Jupiter Capitolinus*. Per i Greci le loro divinità erano un semplice obbietto di disinteressato ed artistico sentimento, altrettante brillanti e fantastiche creazioni, che imaginate nell'ebbrezza d'una vita giovine e passionata, ripugnavano alla serietà della politica: gli Dei romani per contrario erano tante figure pallide e senza brio come la necessità avevali dettati, e che senza formare un obbietto del pensiero dei Romani soccorrevano alla loro memoria nei soli momenti di necessità. I Romani furono i primi, che nel momento del bisogno non solamente invocarono i loro Dei, ma fecero loro promesse e voti: l'introduzione della più gran parte dei loro Dei, e la costruzione de' tempii ebbero la loro origine da un simigliante bisogno, da un voto, da una gratitudine obbligata e non disinteressata (1).

Il medesimo principio si addimostra nelle feste romane: ad ognuno è noto, quale posto importante queste si avessero nella storia delle arti greche, che forma pure tutta la storia della Grecia: dalle feste cominciò la tragedia greca; tutto il brio e lo spirito della vita ellenica si manifesta nei giuochi

(1) Hegel, *Filosofia della storia* p. 256.

olimpici; è questo il campo in cui si annunzia per la prima volta il genio dell'artista e del grande capitano. La maggior parte delle feste romane erano per contrario saturnali, erano feste dedicate al sole, alle stagioni dell'anno, al tempo della semina e della raccolta ecc. La tradizione ricorda, che abusossi della santità d'una festa per togliere mogli e figlie ai Sabini: gli augurii in fine, gli auspicii, i libri della Sibilla, servivano tutti all'idea del dritto, formolata nel concetto pubblico e più vasto dello stato. — Così parimente non è dalla poesia, che comincia la letteratura romana: i primi e soli documenti dei più antichi tempi anno uno scopo puramente sociale, sono i *grandes annales* dei Pontefici, i libri dei magistrati, le memorie di famiglie, le genealogie, le iscrizioni sulle tombe ec. « Le abitudini del Romano sono quelle del giureconsulto: egli interroga grammaticalmente la legge, o la tortura colla dialettica per tirarne il suo vantaggio: niente di meno poetico di questo. La poesia non poteva cominciare in Roma dai patrizii: figli e discepoli della muta Etruria, che nelle feste sacre proibiva il canto, e non permetteva che la pantomina. Magistrati e pontefici, i *patres* dovevano portare nel loro linguaggio quella concisione solenne degli oracoli, che noi ammiriamo nelle loro iscrizioni. Quanto ai plebei, essi rappresentano nella città il principio di opposizione, di lotta, di negazione: nè anche in essi possiamo trovare il genio poetico » (1). Le XII Tavole furono l'iliade romana.

Lo stesso predominio dell'idea del dritto, che osservasi in grande e con caratteri più larghi nella storia romana in generale, manifestasi nell'esistenza del cittadino, considerato questo come uomo, come membro della famiglia o della città. In generale noi possiamo dire, che il concetto di uomo, come essere morale ed avente un valore per se stesso astrattamente da qualunque qualità o modificazione esterna, sia stato ignoto a tutta l'antichità, ed anche allo spirito romano: altrimenti la schiavitù non sarebbe stata possibile. L'esistenza di questa suppone, che non sono il carattere subbiettivo e le qualità intime, che danno allo individuo il valore di uomo, ma gli attributi esterni, che come esterni possonsi avere o non avere, perderli ed acquistarli, variando a seconda di queste vicende l'esistenza di chi ne forma il subbietto. Così in Roma le diverse misure e proporzioni del godimento del dritto civile servono di criterio per giudicare dell'importanza di ciascun individuo. È espresso colla parola *civis* il più alto concetto che si potesse avere dell'uomo; il difetto per contrario compiuto d'ogni godimento di dritto civile, riduce l'uomo alla qualità di cosa: ed i momenti di passaggio fra l'uno e l'altro estremo segnano altrettanti gradi e distinzioni nella esistenza individuale, la cui importanza cresce a misura ed a seconda che è più o meno vicino all'uno o all'altro estremo. Nè valga il dire, che anche i Romani riconoscevano un dritto naturale agli schiavi, *ius naturale est quod natura docuit*. Oltrecchè tali espressioni si appartengono ad un tempo ed a giureconsulti, che scrivevano già sotto il potere di novelle idee, ogni intelligenza più larga ed umanitaria, che il pensiero moderno volesse dare alla parola *ius naturale*, è distrutta dalle parole, che seguono immediatamente *omnia animalia*. Con più evidenza osservasi questo medesimo predomi-

(1) Michelet, *Histoire de la république romaine* p. 373.

nio, quando si consideri il cittadino romano come membro della famiglia.

Su due specie di relazioni poggia l'esistenza della famiglia e dell'individuo in essa. Le prime sono quelle puramente morali e subbiettive, che non si lasciano imporre nè formolare in leggi, ma emanano liberamente dall'amore coniugale e dall'affezione scambievole dei discendenti ed ascendenti, Le altre costituiscono nel loro insieme la forma giuridica, che lo stato prendendo in considerazione i bisogni di essa ed il suo interesse alla sua esistenza imprime alla famiglia per assicurarne non solamente il semplice fatto della esistenza, ma anche il modo corrispondente ai suoi bisogni ed a tutte le condizioni storiche della società, alla quale presiede. Noi possiamo dire che le prime relazioni formano l'elemento essenziale ed invariabile della famiglia, ossia l'idea di essa indipendentemente da qualunque potere o modificazione di tempo e di luogo; le seconde l'elemento variabile e fenomenico, ossia l'esistenza storica ed esterna di essa, per la quale la famiglia distinguesi come orientale, greca, romana, germanica. È necessario, che questi due elementi si temperassero e compissero scambievolmente, giacchè senza una forma esterna e giuridica, l'dea della famiglia, come qualunque altra idea astratta, non potrebbe avere una realtà concreta e storica; come senza l'elemento morale il giuridico degenererebbe in dispotismo esercitato da colui, che ne avrebbe i mezzi e la forza, e che non potrebbe essere altri, che il padre di famiglia. Questo appunto osservasi nella famiglia romana, la quale non forma una associazione fondata sopra sentimenti naturali e morali, e riconosciuta come tale dallo stato, ma una corporazione puramente politica. *Gens* è la parola, che indica la famiglia sotto la sua forma puramente politica, per la conservazione della quale sono violati e rotti tutti i vincoli naturali e sostituiti da altri puramente fittizii e civili. Essa non costituisce un corpo organico, di cui ciascun membro avesse da una parte una esistenza ed un movimento proprio, e dall'altra si ricongiunga armonicamente col tutto: ma è un aggregato di atomi, compresi tutti e dominati dalla esterna unità del *pater familias*. Così la moglie non è considerata come uno de' principii generatori della famiglia, in guisa che la sua unità coll'altro fosse quella morale dello scopo comune, del sentimento e dell'amore, ma è l'unità della dipendenza, e perchè non vi ha altra considerazione morale, che determini il suo posto nella famiglia, essa è pareggiata a tutti gli altri, che sono egualmente dipendenti, è una *filia familias*, è la sorella dei suoi figli, una *consanguinea*—. Questa specialità del principio della famiglia romana, del predominio del dritto che sconosce tutti i legami morali, si manifesta più chiaramente nelle relazioni del padre col figlio: non à questi una personalità propria, il cui riconoscimento temperi e limiti il dritto del padre, ma il solo vincolo che li congiunge è quello della patria potestà: che il padre, rinunzii al suo dritto, che il figlio sia emancipato, egli addiverrà estraneo ed indipendente da lui, i legami di famiglia saranno rotti, e cesseranno nello stesso tempo tutte le conseguenze, che originavansi da una tale idea—. Ma se il padre è assoluto da una parte, esso perde dall'altra la sua personalità morale in opposizione collo stato, che non riconoscendo in lui altro valore personale e subbiettivo che quello ch'esso stesso gli comunica esternamente col godimento del dritto e della cittadinanza, si crede nel dritto di potersene di-

sfare come d'una creatura propria. Lo stesso principio, « che rende despota il padre di famiglia da una parte lo fa schiavo dall'altra: forma questa la grandezza romana, la cui specialità consiste nell'annullamento delle individualità nella unità dello stato, nell'assoluta dipendenza dalla legge e dall'ordine pubblico. Per concepire una idea più chiara di questo spirito della storia romana, fa mestieri ricordare non solamente i fatti degli eroi romani sia che fossero attivi come soldati o capitani al cospetto del nemico, sia che adempissero all'ufficio d'ambasciatori, e d'inviati, e com'essi si sagrifichino allo stato ed ai suoi ordini con tutti i loro sentimenti e pensieri senza dubbio o peritanza, ma anche il portamento della plebe nelle sue agitazioni contro i patrizii. Quanto sovente la plebe agitata e rivoltantesi contro l'ordine legale fu fatta quietare, e fu illusa sull'adempimento delle sue giuste o ingiuste pretensioni coll' imagine astratta dello stato! quanto sovente senza che vi fosse la necessità della guerra, fu nominato dal senato un dittatore per iscrivere come soldati i plebei, ed astringerli col giuramento militare ad una rigorosa ubbidienza! Dieci anni erano stati necessarii a Licinio per fare ammettere alcune leggi, ch'erano favorevoli alla plebe: bastò l'opposizione degli altri tribuni, perchè la plebe se ne astenesse, ed attendesse più pazientemente la ritardata esecuzione di queste leggi» (1).—Le lotte dei patrizii e dei plebei per le rogazioni Liciniche, per la legge Agraria e Canuleia, hanno tutte una medesima espressione, sono altrettante quistioni giuridiche agitate e risolute colla forza e colla violenza, dovechè nei tempi posteriori lo furono colla riflessione e nel silenzio fra le scuole. «Sembra, che l'occasione primiera del combattimento fra i patrizii ed i plebei non fosse la città o la cittadinanza ma la terra. La terra però, l'*ager romanus* misurato dagli auguri e circoscritto fra le tombe patrizie, è una parte della città: che dico io, è la stessa città, più che non lo siano gli edifizii di questa. I plebei sono ammessi in questi, li possedono, vi abitano; ma per possedere l' *ager* è necessario avere il dritto dei quiriti, il dritto degli auguri e delle armi, il dritto dei soli patrizii. Sicchè il popolo ha in non cale le terre profane, che gli si offrono; amando meglio, dice Tito Livio, domandare le terre a Roma, che possederne altrove. Non può dunque comprendersi questa grande lotta, che colla conoscenza della città primitiva, di cui l'*ager* è una parte, e nella quale ha il suo ideale la città aristocratica, che i patrizii chiudono ai plebei (2).— Per questo medesimo obbietto ossia per la cittadinanza o per il godimento del dritto romano guerreggiossi in tutte le guerre italiche: e quando infine trattavasi di punire o ricompensare le città alleate o infedeli, non altra punizione o ricompensa sapeva concepire lo spirito del popolo romano, la che privazione o concessione del proprio dritto. — L' arte oratoria istessa, ch' elevossi a tanta eccellenza in Roma, e che Cicerone, forse per troppo sentimento di se stesso, diceva la prima fra tutte le arti, non fu una manifestazione nella storia romana speciale ed indipendente, essa fu la forma del dritto, che anzi fu tanto eccellente, perchè informossi da un principio, che forma la grandezza d'un tanto popolo. « L'arte oratoria a difesa del dritto esprime, che questo non ancora si è piegato ad un'applicazione speciale e particolare, sicchè rendesse inutile la

(1) Hegel. *Filosofia della storia* p. 351.

(2) Michelet, *Histoire romaine* p. 309.

illusione delle bellezze oratorie »(1). E perchè un popolo nella sua decadenza non può essere diverso da quello che fu nei giorni più belli della sua vita storica, giacchè se conserva alcuna attività, questa sebbene sotto altre forme, è sempre l'eco del passato mancando in esso la forza di prendere una direzione novella, così parimente nel periodo della storia romana, in cui la idea dello stato che formava il punto di unione e la sola sfera di esistenza del cittadino romano essendo stata soffocata nel sangue civile, le individualità furono ridotte da membri organici dello stato in altrettanti atomi non riconosciuti moralmente nè politicamente, il dritto è la sola *manifestazione* di vita, forma la sola importanza storica, che si abbia il popolo romano in questo periodo della sua storia, è il solo elemento che rinfranca l'occhio dello storico dallo spettacolo dell'avvilimento d'un tanto popolo. I giureconsulti rimasero i soli testimonii della passata grandezza, i soli nei quali concentrossi e visse ancora per alcuni anni lo spirito dell'antica Roma. «Gli stessi allori, che meritarono e raccolsero i propugnatori della libertà sieno essi stati capitani o oratori, cambattenti al di dentro o al di fuori, sono meritati e sentiti dai grandi giureconsulti dell'impero, ed i Papiniani e gli Ulpiani stanno col loro tempo nel medesimo rapporto, che i Catoni egli Scipioni col loro » (2). Quando Ulpiano diceva: *iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia: iusti atque in iusti scientia*, egli era l'interpetre, e parlava uniformemente allo spirito del proprio popolo: non perchè egli ne avesse coscienza, stantechè la coscienza storica mancò agli antichi, e di più la costruzione e l' intelligenza filosofica d'una civiltà è sempre il lavoro d'un tempo, in cui questa si rappresenta allo spirito come un semplice fatto storico scevro da qualunque interesse pratico ed immediato, ma perchè un popolo e quindi gl' individui di questo vedono e percepiscono tutte le altre scienze e manifestazioni della civiltà a traverso quella, che forma per essi la loro idea predominante. Nelle scuole di dritto ripetonsi quelle medesime lotte combattute tra i patrizii ed i plebei: è ben noto che delle due celebri scuole romane l'una rappresentava l'elemento stabile della tradizione, l'altra del progresso e delle riforme. Gli stessi imperatori infine non distinguonsi come grandi capitani o conquistatori; non hanno altro titolo, che li raccomandi alla memoria ed alla considerazione dei posteri, che quello di legislatori. E si vorranno ora far le meraviglie, se tanta fu l'eccellenza del dritto romano, s'esso fu il solo obbietto, sul quale concentrossi la forza e l'attività d'un tanto popolo, che più d'ogni altro volle ed operò fortemente? Se quello infine, che in altri tempi e luoghi forma soltanto uno degli elementi della civiltà, nella storia romana raccolse il frutto delle fatiche e del lavoro di più generazioni, e fu fecondato dalle vicende di tanti secoli di esistenza storica? E perciò i posteri furono e saranno sempre da meno dei giureconsulti romani: questi furono grandissimi, perch' erano gl'interpetri dello spirito d' un popolo intero esclusivamente concentrato in un solo elemento, dovechè in una civiltà tanta variata e moltiplice come la nostra, il dritto, se non manca di formare uno dei momenti essenziali di questa, essendo però svolto armonicamente con tutti gli altri occupa e divide con questi l'atti-

(1) Gans, *Il dritto di succ. nella st. rom. Intr.* pag. 18.

(2) Gans, op. cit. p. 18.

vità spontanea o riflessa delle presenti generazioni. Per la stessa ragione i nostri giureconsulti anche quando volessero o potessero concentrarsi esclusivamente nello studio del dritto romano non pareggeranno mai i giureconsulti classici senza avere la necessaria forza per fare astrazione da una esistenza tanto varia quanto la presente, senza vincere la difficoltà di vivere in un tempo, che non è più, senza infine farsi Romani, ed avere spirito e mente romana negando il presente e la propria personalità: la qual cosa se sia possibile, lo lasciamo giudicare a coloro, i quali comprendono, che l'espressione che si ha un individuo, e quello ch'egli deve rappresentare in un momento della storia, al pari dell'esistenza del popolo, a cui appartiene, non è caso nè arbitrio, ma è necessità: e che per quanto fosse potente la sua forza di astrazione, ed energica la sua volontà, sono queste sempre figlie del suo tempo, ed educate in esso e per esso, e quindi per nessuna forza umana potranno mai diventare cittadine di altri tempi e luoghi.

Se ci si ammettono le precedenti idee, a noi pare ch'esse contengano la risoluzione del proposto quesito. Ed invero, se fra i differenti periodi della civiltà come fra i termini d'un sillogismo vi à successione e quindi continuità storica, e se ciò avviene in quantochè un popolo che cede dal teatro della storia trasmette il proprio principio all'altro, che lo segue e lo sostituisce, e se il dritto fu l'elemento predominante e possiam dirlo esclusivo del mondo romano, il dritto è conseguentemente il patrimonio, che il mondo moderno doveva ereditare dall'antico romano, il solo testimonio che ci rimarrebbe di questo, quello infine per il quale non possa dirsi, che la storia di Roma sia per noi un fenomeno, un fatto passato senza alcuno effetto più duraturo per la storia più generale dell'umanità. Donde parimente deducesi, che se il diritto romano fu uno degli elementi della civiltà moderna, il tipo, sul quale fu modellata la maggior parte delle legislazioni moderne, l'obbietto su cui versarono le più forti intelligenze dei giureconsulti, non fu questo un caso, o un capriccioso ritorno al passato, ed ad istituzioni anticate ed irreparabilmente perdute, giacchè le generazioni intere, ed anche gl'individui, quando essi elevandosi ad una certa grandezza acquistano una importanza più che individuale, non operano a caso nè a capriccio, ma l'effetto necessario del bisogno, che irresistibilmente ci trae verso il passato, al quale per tanti vincoli e ragioni siam connessi, della coscienza indistinta forse ed oscura, ma pur reale, che lo studio di quello che fu il principio predominante d'uno dei momenti del mondo antico, non è una semplice anatomia d'un corpo già cadavere, ma si esercita sopra un elemento; che ha ancora vita e realtà, è in fine l'effetto della legge necessaria di continuità e di successione storica. che non può sconoscersi senza pretendere d'isolare la civiltà moderna, e di renderla assoluta ed indipendente dalle antiche.

Non vorremmo che si desse alle nostre parole una estensione ed un significato maggiore di quello, che per noi si hanno. Quando diciamo, che Roma rappresenta il principio del diritto, ciò intendiamo storicamente, ossia in quel modo, in cui l'antichità poteva concepire ed attuare il dritto ma non assolutamente quasi fosse Roma il tipo e l'ultimo ideale, che potesse raggiungere l'umanità sotto questo rispetto. Vi è sempre inteso, che il dritto presso il popolo romano do-

veva mancare di quell'elemento, di cui mancava in generale l'umanità in quel tempo; ch' esso nell' innestarsi nella civiltà moderna doveva deporre tutte le parti e forme fenomeniche, e speciali romane, patire quei cambiamenti che sono la conseguenza del fatto di non essere più il principio predominante ed esclusivo ma secondario e cooperante, modificarsi infine ed avvantaggiarsi di tutte le tendenze sentimenti ed idee dello spirito moderno. Deesi intendere di Roma quello stesso che della Grecia. Non perchè si afferma che sia questo il mondo delle arti, intendesi dire che l'umanità dovesse limitarsi a studiarla ed imitarla, considerandola come l' ultimo ideale a cui si possa giungere rispetto ad esse; ciò è vero storicamente, ma sarebbe erroneo il supporre, che la Grecia prevenendo i secoli e le civiltà potesse rappresentare anche quello, che forma il destino e la storia futura dell'umanità nell' elemento delle arti.

§. V.

Un doppio metodo può seguirsi nello studio d' una idea o d'un fatto storico: l' uno essenzialmente sintetico consiste nel dedurlo da una idea o fatto più generale della storia, divinandone dalla natura dell'una o dell'altro i caratteri e le forme, e ponendone logicamente la necessità: l'altro è analitico e sperimentale, che senza elevarsi alla regione più vasta, in cui un'idea o un fatto si muove, lo prende a considerare isolatamente, descrivendone minutamente i particolari tutti e le circostanze. La riflessione subbiettiva divide sovente l' uno e l'altro metodo, per quanto poco sia ciò possibile senza falsare la verità delle cose e della storia. Deesi ascrivere ad un erroneo o debole concepimento di questa il pensiero di volere disgiungere l'universale ed i particolari, che per la propria natura sono essenzialmente connessi fra loro: il primo sarebbe una semplice potenza e possibilità senza i secondi, dove che questi, oltrechè non potrebbero esistere, mancherebbero d'ogni realtà almeno scientifica considerati astrattamente dall'universale. L'uno e l'altro metodo si suppongono vicendevolmente. Il primo colla più grande forza dialettica non potrà mai divinare e descrivere tutta la svariata ricchezza e le forme fenomeniche, che un'idea e per intima forza e per quel potere, ch' esercitano sopra essa le condizioni storiche e fenomeniche, prende nella realtà: l'altro è per se stesso sterile di qualunque risultato scientifico e d' una vera importanza, giacchè è importante per l'uomo e per la scienza solo quello, che sussiste a traverso le forme periture e passaggiere; dovechè i particolari, se soddisfano la curiosità del momento, lasciano vuota la mente ed il cuore, giacchè per loro stessi non hanno la capacità di esprimere nulla di generale e di scientifico, ed acquistano un valore solo in quanto contribuiscono ad accertare i risultati del primo metodo, e si manifestano come le forme, in cui le idee generali s' incarnano. Torna quasi inutile il dire, che questo secondo metodo fu il solo predominante nei secoli passati nello studio della storia, giacchè lo spirito umano non comincia la sua educazione scientifica dall'astrazione, ma dal fatto, e dalla realtà. Quando però col predominio della riflessione un novello campo si scoperse alla mente del filosofo al di sopra del reale e della parte storica esterna, lo spirito umano abbandonossi a delle corse bizzarre ed avventuriere in questo novello campo della sua attività. Dopo l' esperimento fatto nell' uno e nell' altro metodo

dopo gli sforzi e l'attività esaurita per il predominio di ciascuno di essi, dopo le inutili lotte delle scuole ha trionfato il pensiero della necessità di entrambi, e si è conchiuso, che la scienza storica non essendo nè potendo essere altra cosa, che la ripetizione coscienziosa e riflessiva del processo naturale della realtà e dell' attuazione storica, quando i risultati dell' uno non rispondono a quelli dell'altro nello studio della storia, è d' uopo dire, che siavi errore nel metodo, e che fa d' uopo rimettersi all'opera. Che a questo temperamento dei due metodi niuno meglio si prestasse del genio italiano, e che l'Italia fu parimente la prima a darne l'esempio, ci piace dirlo colle parole altrui; sì perchè non si scorgesse nelle nostre un esagerato amore e vanto nazionale, come ancora per la maggior fede che si meritano quelle, conoscendosi omai per lunga esperienza, quanto poco gli stranieri sieno inchinati a rendere giustizia ad una terra, alla quale la storia e la civiltà tanto debbono: « L' idée partit du pays de l'idéalisme, de la grande Grèce, de la patrie de saint Thomas et de Giordano Bruno. Le génie de Pithagore est l' inspiration primitive de cette terre. Mais le monde entier est venu ajouter quelque chose. Chaque peuple, chaque invasion y a déposé une pensée, comme chaque eruption une lave. Les Pélasges et les Hellénes, les Étrusques et les Samnites, les Romains et les barbares, Lombards, Sarrasins, Normands, Souabes, Provensaux, Espagnols, tout le genre humain tribu par tribu, a comparu au pied du Vésuve. Le vieux génie du nombre et la subtilité scolastique, la philosophie spiritualiste et l'école de Salerne, le droit romain et le droit féodal dans leur opposition tout y coexistait. Et audessus de tout cela une immense poésie historique, l' ispiration du tombeau de Virgile, l' écho des deux Toscans, qui ont chanté les deux antiquités de l'Italie, Virgile et Dante, enfin une mélanconique reminiscence de la doctrine étrusque des ages, la pensée d'une rotation régulière du monde civil, ou sous l'oeil de la providence, tous les peuples ménent le choeur éternel de la vie et de la mort. Voilà Naples, et voila Vico » (1).

Applicando queste idee a quello, che forma l'obbietto di considerazione per noi, ci resta a tradurre in una quistione storica quella, che fu risoluta almeno a nostro modo astrattamente, ed esamineremo se mai i risultati della storia rispondono a quelli della riflessione. Noi possiamo storicamente formulare la medesima quistione nel seguente modo: l'esistenza e la manifestazione del dritto romano nel mondo moderno fu forse fenomenica ed istantanea, o continua e permanente, come è quella di qualunque elemento essenziale di questo? la sua applicazione presso i differenti popoli moderni fu forse l'effetto di alcuni atti legislativi, quasichè cominciasse e finisse con questi, o meglio non furono essi stessi che l'espressione d'un bisogno storico, che facevasi soddisfare, senza che coloro che vi adempivano ne avessero avuta la volontà e la coscienza? se infine lo studio del dritto romano e tante forze intellettuali consumate per esso non servirono che ad un semplice capriccio concepito nel silenzio e nella solitudine dei gabinetti letterarii, o non furono piuttosto la riflessione d'un fatto più generale, il mezzo, onde i dotti rendevansi gl' interpetri ed i rappresentanti delle condizioni giuridiche del loro tempo?

(1) Michelet, *Ouv. comp.* v. I. p. 272.

§. VI.

Uno dei caratteri esterni, che maggiormente distingue la civiltà presente dalle passate, è la varietà e la ricchezza di quella in opposizione della semplicità e della maggiore unità di queste. Un tal fatto, che osservasi nella vita individuale come in quella dei popoli è una conseguenza del summentovato principio di continuità della storia: giacchè come per gl'individui e per i popoli un periodo della loro esistenza non è un fatto isolato, ed indipendente dal passato, ma è la successione ed anche il risultato dei diversi momenti, onde questo passato si compone, così nella storia più vasta dell'umanità, la civiltà presente dovendo contenere essenzialmente in se le anteriori, deve essere necessariamente più ricca. Questa ricchezza è confusione nel medio evo, che come tutte le origini delle cose è per se stesso scomposto e disorganico, giacchè da una parte vi sono i rottami e le rovine del passato, dalle quali l'antica vita è fuggita senza essere stata ancora sostituita da una vita novella, e dall'altra lo spirito moderno non ancora ha create le forme, che lo rappresenteranno nella storia successiva, non ancora ha distinto gli elementi, che saranno i suoi fattori.

Nondimeno volendo ridurre alla maggiore semplicità possibile questa complicazione degli elementi del medio evo due debbono essere essenzialmente distinti, l'antico, ed il moderno; entrambi essenziali, e che si suppongono scambievolmente, giacchè il primo forma il punto stabile ed il sostrato della novella vita; l'altro è condizione d'ogni futuro movimento, e senza il quale la novella storia non avrebbe potuto essere (ove un tale fenomeno fosse possibile) che una ripetizione dell'antica. Ma quando principii diversi coesistono in una medesima civiltà, è necessario per la loro coesistenza e la durata, primachè non vengano a confondersi in un solo, che avessero rappresentanti ed organi diversi. Ed in fatti al dualismo dei summentovati principii risponde nel medio evo quello delle popolazioni, le germaniche e le romane, delle quali le prime ignare d'ogni arte e cultura sociale ed avendo sentimenti liberi da qualunque limitazione esterna, o dal peso del passato erano informate dal novello spirito in tutta la sua originalità e rozzezza; e le altre ricche di tante memorie e tradizioni, dotte per l'esperienza di molti secoli in tutto quanto riguarda la vita sociale, aventi tuttora presenti i monumenti, e calpestando il suolo, ch'era stato il teatro dell'antica civiltà, presentavano le forme ed i materiali, sui quali doveva necessariamente operare ed incarnarvisi lo spirito novello per prendere una esistenza storica e concreta. Non si affà al nostro proposito l'esaminare in quali proporzioni ciascuno di questi principii fu svolto ed attuato presso le due generazioni di popoli, come il predominio dell'uno e dell'altro dette una fisonomia diversa alla storia di esse, se al presente sieno amalgamati in modo, che non abbiasi a desiderare un maggior temperamento dei due elementi presso i due popoli, che ne furono i naturali e primitivi rappresentanti. È certo però che a questi fatti e necessità storiche non fu posto ben mente dalla maggior parte degli scrittori storici: altrimenti più esatti e veri ne sarebbero stati i giudizii, e da una parte non si sarebbero udite lodi esagerate, e dall' altra non si sarebbero condannate in massa generazioni intere secondo il punto di considerazione, dal quale collocavasi lo scrittore. Noi ci accen-

navamo sol perchè si riducesse a maggiore semplicità la quistione storica, la quale ora si riduce ad investigare, se il dritto romano continuò la sua esistenza storica presso le due popolazioni. È questo il solo fatto che importa alla nostra quistione; quali ne fossero state le proporzioni presso ciascuna, quale le limitazioni, e modificazioni, ch'erano necessaria conseguenza dello spirito novello della storia, non entra nel nostro proposito.

Presso i Borgognoni ci fa fede della esistenza storica del dritto romano il Papiano, detto altrimenti *lex romana Burgundiorum*, la cui origine cade negli anni 517-534: e nel cui *Prolog.* è detto: *inter Romanos, romanis legibus praecipimus iudicari: qui formam et expositionem legum conscriptam, qualiter iudicent, se noverint accepturos, ut per ignorantiam se nullus excuset.* Già fin dal 506 per ordine di Alarico un simile lavoro era stato eseguito presso i Visigoti detto *lex romana*, o *Anianum* dal nome del refendario Aniano, che ne sottoscriveva gli esemplari, e nel sedicesimo secolo *breviarium alaricianum.* Nel *commentarium*, che serve di preambolo, espressamente è detto, che un tal lavoro era tratto dalle fonti romane, e che s'intendeva con esso ridurre queste a maggiore chiarezza (1). Che anzi l'elemento romano forma parte essenziale delle leggi proprie dei Visigoti, giacchè nella collezione fattane negli anni 649, 652 tutta la seconda parte conosciuta sotto il nome di *antiqua* è composta quasi interamente di frammenti romani (2). Leggonsi infine le pruove dell'autorità delle leggi romane presso i Bavaresi, gli Alemanni ed i Ripuarii nella citata opera di Savigny. Ma il fatto più importante della storia giuridica di questo tempo è l'*edictum Theodorici.* Promulgato l'anno 500 è il più antico codice composto dopo la caduta dell'impero d'Occidente. A chi è noto quanto sieno personali le leggi dei popoli barbari in generale, e quanto lo furono quelle dei Germanici, e quanto i vincitori disdegnino di accettare cosa alcuna, che fosse dei vinti, o di avere in qualunque siasi modo comunanza con questi, sarà sempre per i posteri oggetto di meraviglia la superiorità dell' ingegno e dell'animo di Teodorico, che ordinando un tal codice lo voleva generale per i Romani e per i Goti: *edictum Theodorici prolog.* « *ut salva iuris publici reverentia et legibus omnibus cunctorum devotione servandis, quae barbari romanique sequi debeant super expressis articulis, edictis praesentibus evidenter cognoscant* »: *epilog. quae omnium barbarorum sive romanorum debet servare devotio* (3). Non ci si vorrà certo opporre; che sieno questi dei fatti isolati da attribuirpiuttosto allo stato di barbarie dei popoli di quel tempo, i quali poveri di nozioni giuridiche ricorrevano ad una fonte tanto ricca, quanto era la romana: giacchè oltre l'osservazione generale ed astratta, che le parole povertà e ricchezza sono relative, e che le nozioni giuridiche rispondono e debbono per necessità rispondere sempre quantitativamente e qualitativamente ai bisogni ed alle relazioni interne d'una società, vi è l'altra storica che anche nei tempi posteriori e più civili il dritto romano si ebbe gran parte

(1) Savigny, *Storia del dritto romano nel medio evo* v. II. 25 e seg.

(2) Savigny op. cit. p. 45.

(3) Cassiod. *Var.* I. 27: « *si exterarum gentium mores sub lege moderamur, si iure romano servit quicquid sociatur Italiae*: — III. 43. *delectamur iure romano (Romanorum) vivere, quos armis cupimus vindicare* » — VIII. 3. « *Gothis Romanisque apud nos ius esse commune* ».

nei capitolari e nelle costituzioni posteriori (1), ed invece di diminuire di predominio col progressso della civiltà divenne praticamente il dritto comune di tutti i popoli germanici, e nella scienza del dritto fu l'obbietto, sul quale versarono e versano tuttavia le più forti intelligenze.

Per l'Italia crediamo oziosa la pena di dimostrarne la continuazione. È questo il paese, del quale possiam dire in generale, ch'esso sia destinato a rappresentare l'elemento antico nella moderna civiltà, e rispetto al dritto romano è quello, in cui un tal dritto ebbe la sua prima origine e crebbe, al quale intimamente si connette tutta la sua *tradizione* e successione storica, e verso cui emigrarono ed emigrano tutti coloro, che sentono potentissimo l'impulso dello spirito scientifico, essendo una fonte, che non fu mai sterile per gli studiosi ed indefessi investigatori del dritto. Havvi però una differenza da notare rispetto alla storia del dritto romano fra la Germania e l'Italia: per la prima è facile indicare il momento, in cui venne esteriormente aggiunto alla vita germanica, finchè da una condizione puramente accessoria anzi tollerata, a mano a mano e successivamente s' impossessa delle relazioni giuridiche di questi popoli, e ne diviene il dritto predominante: in Italia per contrario non è visibile il momento della sua origine; questa si confonde colla storia stessa italiana, vi si connette intimamente, ed in modo che non sarebbe possibile disgiungere l' una dall' altra, avendo in essa e con essa uno svolgimento continuo e sempre progressivo; colla sola differenza, che nella storia antica forma il principio informatore di tutta la civiltà romana: nella moderna stante l'azione d'un novello spirito non potè certo conservare la medesima estensione o predominio. Alla quale osservazione deesi aggiungere anche l'altra, che in Germania il dritto romano coesiste col dritto originale germanico avendo una condizione secondo i diversi tempi quando tollerata ed accessoria, quando predominante, in Italia ogni dritto si piega alla forza del dritto romano, che ne ha sempre il predominio. E perchè non si credesse che il nostro pensiero fosse una semplice astrazione anzi che un fatto storico, e perchè trovasse maggior fede, crediamo afforzarlo colle parole d'uno de' più ingegnosi giureconsulti dell'Alemagna, che a tal proposito si esprime nel seguente modo: « la dottrina romana e le antichità non furono mai spente, nè cambiarono in Italia sotto il potere di qualunque altro principio. Come le rovine, avanzi dell'antichità, formano il tesoro speciale e la ricchezza principale di questo paese, a cui anche i monumenti della più moderna civiltà è forza che si pieghino, così nessun altro potere fu da tanto da fare, che gl'Italiani non fossero in una più immediata connessione coll'antica civiltà più che con qualunque altro principio. Ogni altro elemento moderno prese in Italia forme ed espressioni romane, giacchè la civiltà romana non lasciossi spegnere dalla moderna, che sorgeva sulle rovine di essa. Non ostante la presenza e l' azione degli elementi stranieri gl'Italiani rimasero indipendenti e liberi pur troppo, per sobbarcarsi al predominio di qualunque altro novello principio. Questo, qualunque fosse la forma, sotto cui apparisse, fu meno potente in Italia che altrove: i fieri discendenti de'Romani furono pur troppo animati dalla coscienza della propria perso-

(1) Le pruove sono abbondantemente raccolte nella citata opera di Savigny, v. II. p. 95.

nalità per piegarsi ad alcuna forza; in qualunque modo questa si costituisse, essi la guardarono in viso e la dileggiarono. Il principio moderno e la feudalità si vestono della obbiettività e della eleganza romana, e gli elementi dell' antichità e della classica civiltà si avvantaggiano d'ogni momento, e d'ogni occasione per afforzarsi e predominare (1) » Certo noi non crediamo ripeterlo abbastanza, giacchè non vorremmo, che ci si attribuisse un pensiero al tutto contrario al nostro modo di considerare la storia, e lo svolgimento del dritto in questa: quando noi diciamo, che il dritto romano è nella storia moderna il testimonio della civiltà del popolo romano, e ne affermiamo la continuità in tutti i momenti di questa, non è nostro proposito asserire, che un tal fatto escluda qualunque altra manifestazione della coscienza giuridica dei popoli moderni; giacchè la civiltà presente avendo un principio proprio, e producendo nella storia fatti e risultati speciali, è necessario, che questo medesimo principio avesse delle manifestazioni e determinazioni particolari anche sotto la forma giuridica, manifestazioni, che il dritto romano non aveva, nè aver poteva, per la legge che il passato non contiene nè anticipa il futuro: o meglio, per esprimerci con altre parole, lo svolgimento del dritto nella storia essendo progressivo, l'umanità non potevasi arrestare al dritto romano, ma era necessario aggiungervi un novello elemento conforme allo spirito generale del mondo moderno: è questo l'elemento subbiettivo, che mancava al dritto antico, come a tutta la civiltà classica, e che forma l'indole propria del mondo moderno. Quali sieno gli effetti e le manifestazioni di questo novello elemento nella storia del dritto, ed in che abbia modificato il dritto antico, non è nostro proposito esaminarlo in questo momento dovendo essere l'obbietto d'un altro lavoro; riflettiamo solo, che questo novello elemento aggiunto al dritto non poteva cadere sotto il predominio del dritto romano, appunto perchè era nuovo e posteriore; ma se la sua essenza sfugge ad un tale impero, il potere dell' antico dritto opera almeno sulla forma del nuovo, che per forza d'una tale azione viene modellata sulle fogge antiche. Le forme esterne, nelle quali si manifesta questo nuovo elemento, ch'emana dalla moderna coscienza giuridica, e si aggiunge all'antico dritto sono le consuetudini ed il dritto feudale: le prime presero una forma anche più speciale presso noi negli statuti, che lo esprimono a traverso tutti i particolari ed i piccioli provvedimenti legislativi dettati dalla condizione storica delle città italiane durante il medio evo, e particolarmente dalle rivalità municipali. Non potendo il dritto romano aver presa sull'essenza istessa di questi, ne modificò la forma, potendosi dire degli statuti quello che Gans dice del potere, che subirono le leggi longobarde in Italia non in quanto al contenuto ma in quanto alla forma: « colla presente trattazione noi intendemmo pruovare, che le leggi longobarde nel loro contenuto sono invero germaniche: ma esse in luogo di svolgersi secondo il medesimo spirito hanno la tendenza di avvicinarsi sempre più al dritto romano più rispondente alla coltura delle contrade italiane: sicchè basta la menoma applicazione per deporre l'impronta germanica, e per sentire il potere dello spirito romano: la storia italia-

(1) Gans, *Il dritto di successione nella storia italiana*, p. 126 della trad. ital.

na del dritto dei tempi ultimi del medio evo non è altra cosa che l'espressione d'un tale pensiero » (1).

Il dritto feudale è quello al certo, che ripugna a qualunque avvicinamento col dritto romano, ed in generale con ogni dritto: esso è la negazione del dritto, come la società feudale è la negazione della vera società. Lo svolgimento del dritto privato quale si contiene nel dritto romano suppone il riconoscimento e l'eguaglianza delle persone giuridiche: la persona feudale per contrario è quella naturale ed individuale: lo stato feudale non ha altra giustificazione che quella storica di essere stato il primo *germe ed il nucleo*, al quale *si riannodò* la moderna società, ed è per questa quello che la vita patriarcale per la storia antica, colla differenza, che l'una avendo occupazioni domestiche e pacifiche è fondata sul sentimento, l'altro battagliero e guerreggiante sulla forza: che il dritto romano avesse potuto operare sulla sostanza di questa istituzione sarebbe la più strana asserzione; ma esso produsse sulla forma quello, che non potè sulla essenza istessa. E qui ci gode l'animo di potere riportare le parole d'un nostro storico italiano, che ha il merito di avere il primo concepito il pensiero della storia del dritto italiano, ed ha il torto di avere finora deluse le aspettative, che il pubblico italiano avevasi formate dalla lettura della prima parte del lavoro su quello che poteva attenderne per l'altra. « Per quanto diverse, egli dice, fossero in Italia le istituzioni portate dai settentrionali ed originate dalla condizione dei tempi, non tardarono però le medesime a voltarsi al concetto romano dal momento, in cui lo studio delle leggi e lo svolgimento dei governi comunali rianimarono tutto il sistema delle cose pubbliche fra i popoli italiani. Il seme della pianta potrà essere straniero, ma i rami si piegarono col tempo alla foggia propria di queste terre. Quelle tante forme di protezione e di servizi, ch'eransi via via introdotte collo stabilimento dei feudi, di che abbiamo ragionato nel secondo capitolo del primo volume di questa storia, i giureconsulti oramai fatti arbitri nelle scuole e nel foro le vennero accomodando alle regole preesistenti del dritto romano. L'avvocazione, ch'era un ufficio di mandatario e di tutore eseguito per autorità pubblica ed a riguardi di collegi, o di corpi ecclesiastici, l'accomandigia, che consisteva nella relazione di prestazione e di fedeltà tra un maggiore ed un minore in potenza, e che videsi frequentemente praticata fra le vecchie nostre repubbliche ed i feudatarii ed i communi inferiori vestirono nella opinione dei giureconsulti un color romano. Le idee del dritto antico sui confederati, sulla libertà assoluta o limitata, furono senza difficoltà applicate a quelle forme moderne » (2).

Basta scorrere gli avvenimenti più importanti della storia italiana per conoscere quanta parte vi avesse il dritto romano, particolarmente in un tempo, in cui ogni altro elemento della civiltà non si era ancora schiuso alla novella vita. Faranno sempre epoca nella storia le università italiane, che si elevarono a tanto grado e rinomanza per il solo insegnamento d'un tal dritto. Esse dettero il primo urto non solo alla giurisprudenza, ma anche alla civiltà intera, per quella legge di

(1) *Il dritto di successione nella storia italiana* p. 32-39.

(2) Sclopis, *Storia della legislazione italiana*, v. II. p. 57. Gans, op. cit. p. 40 e segu.

equilibrio, che quando un elemento sociale si è svolto più degli altri, sentesi il bisogno ed è necessario, che questi raggiungano tosto il grado di svolgimento del primo, o che l'altro decada. In esse convenivano da lontane contrade gl' ingegni, che più degli altri ripugnavano alla ignoranza del tempo, e di là ritornavano per diffondere nel seno della loro patria quella luce, che la sola rischiarava in quell'epoca le tenebre della barbarie. Noi crediamo potersi ritenere come una misura certa dell'importanza d'una scienza o d'un elemento qualunque il concetto e l'autorità, che abbiano nell'opinione pubblica coloro, che lo rappresentano. E di quanta ne godessero particolarmente nel medio evo i professori di dritto romano, ne è pruova il vederli partecipare a tutti gli avvenimenti più importanti di quell'epoca. Molti di essi furono delegati per i negozii politici di maggiore momento ed insegniti delle più alte dignità: ma tutti per il solo fatto del loro titolo prendevano parte alle faccende pubbliche. Erano di dritto membri del piccolo consiglio, e formavano dei collegi, che figuravano nel primo grado: donde proveniva, che i membri delle famiglie le più nobili ed elevate si applicavano a questo studio. Tutti i principi facevano a gara per favorire i grandi giureconsulti, e non poco è dovuto alla Contessa Matilde, se Irnerio potè tanto per la rigenerazione del dritto. Il papa e l'imperatore adornarono di privilegi l'università di Torino, alla quale i principi di Savoia ad imitazione de' re di Francia diedero il titolo di figlia. Quattro celebri giureconsulti assistettero Federico nella dieta di Roncaglia. L'illustre Pier delle Vigne fu lo sventurato cancelliere di Federico II. Alberto di Bobbio fu chiamato a consultare sul dritto di reggenza di Bianca di Castiglia madre di Ludovico re di Francia. Baldo definiva i casi, nei quali la guerra può ravvisarsi giusta. Alciato esaminava i dritti di sovranità e d'indipendenza dei varii principati d'Italia e di Germania. I collegi dei Dottori di Bologna, Perugia e Padova consultarono sulla quistione della successione al trono di Portogallo. I Pisani si accontentavano del manoscritto delle Pandette come a solo premio della conquista di Amalfi; il quale racconto se è falso storicamente, è sempre una pruova per la credenza che si ebbe generalmente, in quale e quanto concetto si avesse un tal dritto quel tempo. Il dritto romano infine fatta eccezione del cristianesimo è il solo fatto di riannodamento dei popoli di Europa nel medio evo. E questo spiegherebbesi secondo la soluzione che a nostro modo di opinare abbiam creduto dare alla propostaci quistione d'un modo molto naturale; giacchè la presente civiltà non essendo come le antiche parziale ed esclusiva, ed i popoli moderni aventi uno spirito comune, e di più in forza della legge storica di continuità la storia romana dovendo pur trasmettere qualche cosa alla moderna, e questa non potendo essere che il dritto, era necessario dunque, che le nazioni europee lo riconoscessero tutte e l'ammettessero come dritto comune. E un tal fatto aveva proporzioni e tratti tanto visibili in quell'epoca, che sebbene fosse difficile ed alcune volte impossibile agli scrittori avere coscienza del proprio tempo, pure Bartolo (1) lo elevava a pensiero astratto, ed in certo modo lo formolava a sistema politico nelle seguenti parole: « sed diceres tu,

(1) *In dig. novum L. 26. de captivis* (XLIX 15.).

cum modicae gentes sint, quae romano imperio obediunt, ergo videtur quod sit parcus populus romanus. Respondeo: quaedam sunt gentes, quae imperio romano obediunt, et istae sine dubio sunt de populo romano; quaedam sunt, quae non obediunt romano imperio in totum, sed in aliquibus obediunt, ut quia vivunt secundum legem populi romani, ut sunt civitates Tusciae, Lombardiae et similes....... Quidam sunt populi, qui nullo modo obediunt principi, nec istis legibus vivunt, et hoc dicunt se facere ex privilegio imperatoris: et isti similiter sunt de pop. rom. ut faciunt *Veneti*. Quidam sunt populi, qui non obediunt principi, tamen asserunt, se habere libertatem ab ipso ex contractu aliquo, ut provinciae quae tenentur ab ecclesia romana, quae fuerunt donatae ab imperatore Costantino ecclesiae — adhuc dico istae de populo romano esse — Et item dico de istis aliis legibus et principibus, qui negant esse subditos regi romanorum, ut rex Franciae, Angliae, et similes. Si enim fatentur ipsum esse dominium universalem, licet ab illo universali dominio se subtrahunt ex privilegio, vel ex scriptione, vel consimili, non desinunt esse cives romani.

§. VII.

Nelle precedenti pagine noi abbiamo dimostrata ideologicamente e storicamente l'importanza del dritto romano ed anche la sua necessità come uno degli elementi della storia moderna. Senonchè ad alcuni potrà forse sembrare, che noi ci fossimo andati affaticando inutilmente, volendo pruovare cosa, della quale non v'ha persona che dubiti. Ed in fatti oltre il testimonio di tutti gli autori, basterebbe porgere alquanto l'orecchio alle lezioni di tutte le università di Europa o alle dispute forensi, per scorgere questa parte ne occupi il dritto romano, e quale sia a tal proposito l'opinione del pubblico moderno. Ma noi osserviamo, che non è ufficio della scienza investigare novelli fatti, ma assegnarne la ragione, ch' essa versa sopra materiali che possendonsi già, e che nulla è nella riflessione che non sia stata nella spontaneità. Così non fu nostra intenzione indicare il fatto istesso della importanza del dritto romano, giacchè sotto un tale rispetto oziosa sarebbe stata la nostra fatica, ma darne la ragione, se non vera, quale almeno noi la concepivamo. Nè questa ragione poteva essere l'utile ed il vantaggio che un tal dritto potesse presentare a questa o a quella classe, giacchè la scienza o la storia non tien conto dell'utilità pratica e subbiettiva per quanto grande possa essere. La sola necessità logica è quella che regola e determina i giudizii dell'una e dell'altra: sicchè la utilità d'un fatto, perchè questo potesse essere riconosciuto dalla scienza o dalla storia, dee essere assoluta. E tale era necessaria che noi dimostrassimo quella del dritto romano indipendentemente dalla sua capacità di giovare o di tornar utile ad una classe o ad un'altra, perchè le nostre considerazioni qualunque si fossero vestissero almeno una forma scientifica.

Dopo aver parlato della parte obbiettiva del libro, che noi pubblichiamo, ci rimane a far parola della subbiettiva; ossia dopo averne considerato l'obbietto in se stesso, intendiamo ora volgere la nostra attenzione all' esame del modo, onde

l'autore l'ha trattato e svolto, e ciò faremo brevemente.

§. VIII.

In altra occasione noi ci troviamo d'avere definito il dritto positivo nel seguente modo (1): « il dritto positivo è l'esistenza reale e visibile sotto forma d'istituzioni di quel medesimo principio, che si attua in grande nella storia, e che applicato ai rapporti pratici della vita si degl'individui come delle società ne addiviene il criterio determinante. E questa stessa sua natura pone le condizioni della sua esistenza. Da una parte essendo intimamente ed essenzialmente connesso col principio generale della storia s' incarna e si muove armonicamente e successivamente con tutto l' organismo della civiltà, forma dall' altra una sfera speciale e più circoscritta sì per l'attività del pensiero come per la realtà della vita: si attiene da una parte all'assoluto dell'idea, dalla quale riconosce ogni sua necessità e ragione, si piega dall' altra alle condizioni variabili e fenomeniche della realtà, si modifica e colora a seconda delle condizioni dei tempi, e questi suoi colori si smorzano o rafforzano, si cambiano e succedonsi a seconda della luce che li anima. Sicchè il dritto positivo suppone nel medesimo tempo da una parte l'astratto e l'assoluto dell'idea, anzi è astratto ed assoluto esso stesso, e dall' altra ha forme varie e variabili, reali ed apparenti, che appoggiandosi ad un sostrato comune, e rappresentando tutte un medesimo principio si compiono e si connettono intimamente fra loro, e succedonsi in continuità ». L' analisi di questa definizione, che sia vera o falsa, esprime il nostro modo di concepire il dritto nella sua esistenza storica, ci manifesta la necessità di quattro elementi tanto per il dritto positivo generale, quanto per quello particolare d'un popolo: ossia; 1) una idea generale ed assoluta giuridica, che domini tutte le manifestazioni parziali nello spazio e nel tempo, e di cui le legislazioni dei diversi popoli non sono che altrettanti momenti, come le loro civiltà sono i momenti della civiltà in generale: 2) un campo di esistenza più generale, in cui il dritto come uno degli elementi si muove e si svolge, che ne forma lo spirito determinante, e che infine non è altro che la storia generale del popolo, al quale un dritto si appartiene: 3) uno svolgimento proprio e speciale, giacchè sebbene il dritto formasse parte della civiltà, pure può essere pensato astrattamente da questa: un tale svolgimento dell'idea del dritto nella storia di un popolo è doppio; esso è contemporaneo e logico, e forma il sistema del dritto positivo, ossia la somma delle relazioni giuridiche concepite nella loro connessione o derivazione: ma è anche successivo: e questa sua successione forma la storia del dritto d'un popolo, 4) infine, come qualunque altra idea, la quale non è fatta per rimanere un'astrazione ma ha una tendenza immediatamente pratica, il dritto ha forme concrete ed organi speciali per cui si manifesta e si attua. Se questi quattro elementi sono le parti e le condizioni essenziali della esistenza storica del dritto, ne è necessaria conseguenza, che qualunque lavoro sul dritto positivo in generale o sul romano in particolare, che non te-

(1) Gans, *Il dritto di successione nella storia italiana*. Prefazione del trad. p. IV. v.

nesse conto di ciascuno di questi elementi, sarebbe incompiuto e difettoso, una semplice astrazione, fatto forse per uno scopo subbiettivo e pratico, e forse anche utile per una classe speciale, ma che non rappresenterebbe un tal dritto nella sua realtà, e conseguentemente mancherebbe di verità. Or bene, questi quattro elementi, che concorrono a formare il fatto storico, che noi diciamo dritto positivo d'un popolo, sono quelli nei quali distinguesi l'opera che noi pubblichiamo, e di ciascuno dei quali F. Puchta ha formato un libro speciale.

Nel primo libro il nostro autore tratta della *parte generale* del dritto, di quella cioè, che è fondamento ed anche condizione delle manifestazioni parziali di esso nel tempo e nello spazio, ed in cui tutte queste deponendo le loro forme fenomeniche convengono. Noi non abbiamo riportate per intere le idee vaste e profonde del nostro autore su quest'obbietto: quel poco che ne abbiamo tradotto si compone di frammenti, e non ne forma una trattazione logica e scientifica. Nondimeno sebbene questa parte del lavoro del nostro autore fosse limitata a sì poca cosa, due punti importanti vedonsi trattati. L'uno si è il rapporto fra la giurisprudenza e la filosofia del dritto, l'altro si è l'indicazione delle fonti o degli organi, per i quali deesi necessariamente manifestare il dritto presso ciascun popolo. A ciascuno è noto, come variassero sul primo punto le opinioni degli altri autori, e quanto strane si fossero alcune di esse. Può dirsi però predominante l'opinione, la quale considera ciascuna di queste due parti d'una medesima scienza isolatamente dall'altra per il falso concepimento, che la prima versasse su quello che dovrebbe essere, e l'altra sulla realtà: donde ingenerossi nella pratica l'altra erronea opinione, che ciascuna di queste scienze non solamente non sia di alcun utile all'altra, ma nociva, opinando da una parte i giuristi, che fosse ozioso spendere il loro tempo ad uno studio, che a loro modo di vedere non sia di alcun utile diretto per la pratica: e dall'altra ripugnando il filosofo a distrarsi da un ideale, al cui confronto la realtà si manifesta sempre come difettosa ed incompiuta: in tal modo il dritto positivo addiveniva un cadavere senza anima, e l'altro un'astrazione senza vita e realtà. Considerando il nostro autore la filosofia del dritto come la scienza, la quale concepisce l'idea giuridica nei suoi rapporti col principio generale della civiltà, e la comprende in tutti i suoi momenti senza limitarsi a questo o quello, e la giurisprudenza per contrario come la scienza d'uno di questi momenti, egli pone fra loro quella medesima connessione che vi ha fra la parte ed il tutto, donde segue la necessità di non poterle riguardare isolatamente, e facendo astrazione dall'una o dall'altra. Noi ci troviamo d'avere svolto questo medesimo concetto sul modo di considerare il dritto in se stesso o nella sua esistenza storica in un altro nostro lavoro, dove abbiamo dichiarato che il principio del dritto è quello stesso della civiltà in generale, e che il primo distinguesi dal secondo solo in quanto è uno degli elementi di questo: che lo svolgimento storico del principio forma il dritto positivo, di cui quello di ciascun popolo non è che uno dei momenti, come la civiltà di questo è un momento della civiltà generale (1).

(1) Savigny, *Rag. stor.* Prefazione del trad. p. 23 e seg.

Relativamente al secondo punto, ossia quali sieno le fonti esterne o le forme, per le quali manifestasi il dritto storicamente, sebbene la divisione in dritto consuetudinario legislativo e scientifico fosse quella comunemente seguita e più ampiamente svolta da Savigny (1), pur nondimeno trattandosi della parte generale e dovendosi quindi risalire fino all' ultima espressione storica del dritto, noi crediamo che due forme si possano veramente distinguere, la forma spontanea, il cui contenuto è detto dritto consuetudinario, e la riflessiva, che comprenderebbe la legislazione e la scienza: ed invero noi non opiniamo, che fra queste due ultime fonti vi fosse una differenza vera ed essenziale. Tanto il giureconsulto che il legislatore sono gl'interpetri dei bisogni e delle idee nazionali. L'uno e l'altro usando del mezzo d'induzione ed astraendo dai casi pratici, nei quali s'incarna un concetto o un bisogno nazionale, riesce ai medesimi risultati, ossia ad un pensiero astratto; senonchè il giureconsulto parlando alla intelligenza, la quale ripugna a qualunque altra forza, se non è quella della ragione, svolge dialetticamente il suo pensiero, e ne forma un lavoro scientifico o sistema, il cui contenuto è detto dritto scientifico; il legislatore per contrario dirigendosi alla volontà tiene un linguaggio categorico ed imperativo, che appunto per una tale formola è detto legge.

Nel secondo libro il nostro autore svolge l'idea generale e politica della storia romana indicandone le grandi vicende, ne segue la connessione e lo svolgimento nelle differenti epoche di questa, ne mostra le differenze a seconda che si cambia l'indole di esse, prende in considerazione ciascuno degli elementi e dei fattori, che concorsero alla formazione della storia del dritto romano, indicandone l'espressione filosofica o l'importanza pratica, e sempre determinando l'epoca della origine e della decadenza delle istituzioni non dalle semplici notizie storiche, ma dalla natura istessa di esse.

Il terzo libro contiene la procedura romana: ed è una delle parti più importanti di questo lavoro tanto per il contenuto, come per il modo ond'è trattato: e noi siamo sicuri, che concorreranno in questa nostra opinione coloro tutti, la cui mente è educata a giudicare della importanza delle istituzioni, non dalla loro utilità pratica ed immediata ma dal grado di espressione dell'idea d'un secolo o d'una civiltà. In generale deesi affermare, che la procedura (parliamo di quella procedura, ch'emana dalla stessa coscienza giuridica, dalla quale proviene il dritto e non di quella che è aggiunta esternamente dettata da altri fini), essendo la forma del dritto, il trattare disgiuntamente l'una dall'altro è un'astrazione, che rende più difficile l'intelligenza di ciascuno di questi elementi, contradice alla loro realtà, e ne falsa la verità. Questa proposizione incontrerà certo delle difficoltà presso coloro, i quali a forza di sentire parlare dell'uno di questi elementi disgiuntamente dall'altro, si sono assuefatti a considerarli come due parti distinte ed indipendenti: ma prima di farci delle obbiezioni, noi diremo loro, pruovatevi a separare la forma dalla materia d'un oggetto sensibile: se ciò riesce impossibile, il problema essendo lo stesso per il dritto, la soluzione non può essere diversa. Il dritto dovendo avere una realtà esterna e pratica prende necessariamente forme sensibili, e

(1) *Sistema del dritto romano moderno*, 1. v.

queste non potendo avere una esistenza isolata ed indipendente, ma supponendo sempre un sostrato, sul quale abbiano il loro fondamento, l'una cosa è intimamente incarnata ed identificata nell'altra. Ciò è maggiormente vero di tutti i popoli, che non siano ancor pervenuti al momento della riflessione e delle astrazioni, e che manifestino le loro idee solamente sotto forme concrete e sensibili. È noto, come presso i Romani le regole del dritto fossero strettamente ed intimamente incarnate nelle forme, come le prime non avessero alcuna realtà e validità senza le seconde: che non aveva la capacità giuridica, chi non aveva quelle di adempire le condizioni della procedura, quanto infine questa avesse contribuito a modificare il sistema istesso del dritto, giacchè la maggior parte di tutte le innovazioni apportate al dritto civile rigoroso avvenne con i mezzi di procedura ammettendo delle *exceptiones*, *praescriptiones*, *fictiones*.

La procedura è la parte drammatica del dritto, è il dritto in azione, e quindi come qualunque azione suppone gli attori, il tempo, un campo di attività, i mezzi, ed uno scopo: i quali elementi, che formano le diverse materie della procedura possono, essere distinti nelle due rubriche più generali, elemento subbiettivo ed obbiettivo, il primo ossia gli attori sono i magistrati, o le parti litiganti o i loro rappresentanti e consiglieri; all'elemento obbiettivo, ossia al campo di azione, al tempo, ai mezzi ed allo scopo corrispondono la giurisdizione, i giorni giuridici, i mezzi di procedura, ed il dritto, che si reclama: donde deducesi, che le diverse materie della procedura debbono essere concepite e trattate come un fatto unico, come un solo sistema, e come tale furono concepite e trattate da Puchta tanto nella loro connessione, come nel loro svolgimento storico, ed è particolarmente in ciò, astrattamente dalla verità e ricchezza dei materiali, che si differenzia il suo lavoro da quelli di Walter, Schweppe, Zimmern, Bethmann-Hollweg, Rein, i quali contengono piuttosto delle notizie sparse e sconnesse, anzichè rappresentare la procedura romana come un fatto solo, le cui parti si compiono e succedonsi necessariamente tanto nel loro svolgimento storico, che nel sistematico.

Il quarto libro contiene la storia ed il sistema del dritto privato romano: è chiaro, che non si dee confondere questa colla storia contenuta nel secondo libro; la prima forma l'atmosfera, in cui si svolgono le singole istituzioni; la condizione generale della esistenza di queste, le quali dalla loro parte rendono quella più concreta e reale; fra l'una e l'altra havvi la medesima connessione e dipendenza, che passa fra l'organismo animale e ciascuno dei singoli membri: il primo nello stesso tempo che è condizione della esistenza di questi ne è anche il risultato, i secondi da una parte hanno una vita propria e speciale, dall'altra dipendono essenzialmente da quello, e ne sono nello stesso tempo gl'istrumenti e la realtà. La riflessione astratta può per un momento applicarsi alla considerazione esclusiva di ciascuno di questi elementi, a quello ch'essi hanno di speciale, ma sarebbe falsarne la verità il volerli assolutamente disgiungere.

In quanto alla esposizione sistematica che si contiene nello stesso libro, non è nostro proposito indicare singolarmente tutte le bellissime idee ed i particolari dell'opera ed il giusto temperamento ed accordo dell'elemento filosofico e storico, sì perchè

un lunghissimo lavoro sarebbe questo, come ancora perchè temendo di parzialità verso l'autore tedesco non vorremmo prevenire il giudizio dei nostri lettori.

§. IX.

Dopo aver parlato del libro istesso, diremo poche parole sulla traduzione: ed avanti tutto sentiamo l'obbligo di dichiarare, che il primo libro più che una esposizione sistematica dei principii generali del dritto non contiene che un numero di frammenti, ch' esprimono dei pensieri staccati senza rivelarci il modo, onde l' autore ha concepita, ed ha svolta nell' originale tedesco questa parte del suo lavoro: in quanto agli altri tre libri fa d' uopo distinguere il testo dalle note: il primo è compiuto: in quanto alle seconde, quelle che servono a compire o chiarire il testo sono state rigorosamente riportate; molte volte ci abbiam presa la libertà di tradurre alcune note dell'editore Rudorff, quando abbiamo creduto, che giovassero a questo scopo: le altre, che in vero non sono molte, puramente filologiche, e che contengono quistioni della letteratura giuridica tedesca, abbiam creduto poterle lasciare, e ciò per la considerazione, che pubblicando noi il nostro lavoro piuttosto per i giovani e per le scuole, sarebbe stata questa una materia inutile per essi, ed ancora più per la libertà, che deesi concedere ad un traduttore nel rendere italiano un lavoro tedesco, e nel renderlo tale, quale l' autore stesso l'avrebbe scritto, s' egli fosse stato nazionale. A meglio chiarire il nostro pensiero ci valga il seguente esempio: quando il traduttore della storia del dritto romano nel medio evo di Savigny la riduceva da moltissimi volumi in pochi, egli ne scriveva allo stesso Autore esponendogli il suo proposito e le riflessioni, che ve lo avevano indotto, e l'Autore tedesco assentiva alla pubblicazione accompagnando con lodi l' opera del traduttore francese: diremo forse, che Savigny sconoscesse ciò facendo il suo proprio lavoro, e che dopo lunghi anni di studii per accogliere tanti materiali storici, venisse ad acquistare la trista convinzione della loro inutilità? o non diremo piuttosto, che il grande giureconsulto storico tedesco sentiva, che un lavoro da servire per l' intelligenza francese doveva necessariamente prendere altre forme e proporzioni di quello, che affacevasi alla tedesca, e ch' egli stesso se avesse scritto per la Francia, non avrebbe fatto diversamente da quello che faceva il traduttore francese, come pure se avesse avuto a rifare il suo lavoro per l'Alemagna, non avrebbe deviato dal modo primitivo ed originale? Valga per noi la stessa considerazione, che servì di scusa e di ragione al traduttore francese, se si ammette, che il genio della nazione italiana sia differente da quello dell'Alemanna, o non voglia negarsi ad un nazionale quella libertà, di cui si scusa, anzi si loda uno straniero.

In quanto all'incontro, che la presente pubblicazione potrà avere presso i nostri concittadini, le precedenti pubblicazioni ci hanno data l'occasione di osservare, che il numero di coloro, nelle cui mani potrà cadere questo libro, può esser distinto in tre classi: la prima è quella, che noi possiam dire degl'indifferenti. Non intendiamo parlare di coloro, che facendo professione di dritto, si avvalgono di questo come di semplice istrumento per i loro fini subbiettivi ed immediati; per quanto rispettabile potesse essere la classe di questi per

il numero e per la loro attività nelle faccende pratiche della vita, rispetto alla scienza però essi non si differenziano da quelli che lavorano col martello o coll' ascia che nei mezzi. E si può esser certo, che se potessero raggiungere meglio i loro fini con questi istrumenti, volentieri non s'impaccerebbero più di dritto. Noi parliamo di quelli, che versando nel dritto come scienza, perchè educati in altri tempi e con altre idee, non avendo più l' attività e le forze bastanti per seguire i nuovi progressi della scienza, si sono arrestati in quel punto, nel quale mancarono loro le forze, negando questi progressi: e pure questi non *hanno difficoltà* di ammettere il medesimo fatto e la stessa legge di progresso nelle cose fisiche e naturali: dimandate loro di far rivivere gli anni che sono già trascorsi, di rianimare le foglie appassite, di fare che un albero finchè ha vita non deponga le spoglie già morte, e non produca foglie e frutti novelli, ed essi vi risponderanno, che ciò è impossibile. Questa loro ripugnanza però ad ammettere i nuovi progressi della scienza si spiega molto naturalmente; non potrebbero ammetterli quando rimasero estranei ad essi senza negare se stessi, e appunto ad una tale negazione il sentimento della propria individualità ripugna. Può dirsi degl'individui quello stesso che dei popoli: un popolo anche nel periodo di decadenza non nega mai se stesso: finchè vive, la sua esistenza è una perenne affermazione: la sua negazione si ripone sempre in una forza esterna, ossia nel popolo o nello spirito novello, che viene a sostituire l' antico: se una tale negazione fosse possibile, l' uno cesserebbe di essere individuo e l' altro popolo: la morte dell'uno e dell' altro è appunto una tale negazione.

La seconda classe di lettori si compone di coloro, i quali poco indulgenti perchè non animati da un vero amore della scienza, non giusti estimatori dei lavori altrui, in quanto abbiano di buono o di difettoso, perchè per propria esperienza non conoscono, a quali fatiche e difficoltà è soggetta la loro esecuzione, incapaci di procacciarsi un nome qualunque colle fatiche e colle forze del proprio ingegno, sperano pervenirci facendo da critici, leggendo quel tanto, che è necessario per trovare le piccole occasioni onde fare schiamazzo e grida, e farsi udire da chi vi abbada o non abbada loro, ed attraversando sempre la volontà di chi intende al bene.

La terza classe si compone di coloro, per i quali soli ha pregio lo stampare, e che benchè pochi, pure valgono una generazione intera, e sono quelli, che animati da un vero amore della scienza accolgono con entusiasmo tutto quello che può contribuire al progresso di questa, e che laboriosi essi stessi sono inchinati a tollerare i difetti altrui in considerazione del vantaggio benchè minimo, che possa provenire alla scienza dagli sforzi e dalla volontà di chi volle ed intese al suo progresso. In questi e particolarmente nei giovani fra essi noi siamo più che negli altri fidenti, che opponendo una attività scientifica fresca e laboriosa all' inerzia ed all' indifferenza dei più, e che forti di tutta la forza e di tutto il predominio che ha l'avvenire sul passato, vorranno infine romperla col modo tradizionale d' insegnare e di apprendere il dritto, giacchè se la tradizione è utile, che anzi è condizione sola e necessaria per ogni futuro progresso, essa si converte in un peso, addiviene un cadavere, quando non è animata dallo spirito

vivo e vivificante della vera scienza. E con queste speranze e con un tale proposito furono fatte le precedenti pubblicazioni, e presentiamo ora al pubblico il presente lavoro, che tanto si discosta dall' antico modo di considerare il dritto in se stesso e nel suo svolgimento storico, e che riflettendo da una parte quasi tutto il progresso che particolarmente in Alemagna ha fatto il pensiero moderno nelle scienze filosofiche ed in quelle applicate alla storia, raccoglie dall' altra tutti i tesori storici, che lo spirito scientifico profondamente investigatore dei nostri tempi ha aggiunto agli antichi (1).

(1) Da queste nostre lodi non vogliasi però dedurre, che l'opera dell' Autore tedesco risponda interamente al nostro modo di concepire il dritto e lo svolgimento di questo nella storia, e che noi crediamo aver dato bastantemente a divedere in alcune delle nostre precedenti pubblicazioni. Certo noi lodiamo la ricchezza dei materiali storici del presente lavoro, il modo vasto ond' è trattato tutto il dritto romano: ed anche la maniera, onde sono concepite le speciali materie del dritto: ed in ciò F. Puchta si fa riconoscere per il discepolo del filosofo di Berlino: ma secondo il modo, onde noi concepiamo il dritto e lo svolgimento logico e storico di questo, vi sarebbe ancora qualche cosa a desiderare rispetto al principio del dritto, ed al concepimento di questo tanto nel suo movimento dialettico che nel successivo e storico, e quindi rispetto alla connessione logica del tutto colle parti, e di queste fra loro.

STORIA DEL DRITTO

PRESSO

IL POPOLO ROMANO



LIBRO I.

INTRODUZIONE

CAP. I.

DELLA SCIENZA DEL DRITTO.

La filosofia del dritto e la giurisprudenza.

§. 1.

La vita nel tempo è un perenne movimento, una non interrotta successione. Ogni organismo vivente ci si appresenta sotto un doppio aspetto. Da una parte ha un movimento ed una varietà in se stesso, e consiste di membra che differenti fra loro sono però connesse ed informate da una unità, che forma l'anima dell'organismo: à dall'altra un rapporto con una sfera superiore, nella quale si muove, e di cui è uno degli elementi. Così la terra à un doppio movimento, intorno a se stessa, donde si spande sulla sua superficie la luce, che è la fonte delle sue svariate produzioni, ed intorno al sole, figurando qual membro d'un organismo superiore.

La stessa cosa può dirsi del fatto storico, che noi addimandiamo dritto, e questa distinzione è quella, che lo rende nel medesimo tempo obbietto d'una scienza speciale, detta giurisprudenza, e d'un'altra più generale, della filosofia del dritto.

Si è preteso distinguere la così detta scienza positiva del dritto dalla filosofica in ciò, che soltanto la prima abbia a suo obbietto un dritto reale positivo e storico, che quello della filosofia del dritto per contrario nulla abbia di tradizionale, ma essendo immediatamente tratto e dedotto dai postulati della ragione universale, manchi al tutto di storia, emanando invariabilmente dalle leggi della immutabile ragione: e vollesi denominare un tal dritto naturale o razionale. Ma questa filosofia del dritto, quante volte fu conseguente a se stessa, non ebbe il vero dritto a suo obbietto, e non fu anche una vera filosofia, giacchè soltanto quello, che ha una storia, può essere obbietto della filosofia.

Cercossi pure esprimere quella differenza nel seguente modo: la scienza positiva del dritto si occupa di quello, che storicamente esiste, la filosofica del dritto che dovrebbe essere. Con ciò fu riconosciuto al solo dritto positivo il fatto della esistenza, cui l'impotente ragione si affaticherebbe invano a limitare. Secondo questa medesima opinione la filosofia avrebbe sempre ad occuparsi dell'inesistente, giacchè se il suo obbietto da un dover essere si tramutasse in realtà cesserebbe di appartenervi, e s'incarnerebbe nella scienza del dritto positivo. Potrebbesi credere, che questa distinzione fosse un ritrovato dei giuristi per respingere con un tale artifizio i filosofi nel più remoto angolo della casa, ma i filosofi istessi la ventilarono come la loro più bella creazione. Avendo in non cale il positivo ed il reale furono causa, che la filosofia fu concepita come ostile a questo, o che nelle opinioni più favorevoli per essa fosse creduta un innocente trastullo.

Per sottrarre la filosofia del dritto al rimprovero di occuparsi dell'inesistente si è fatto un passo in avanti, affermando, che la filosofia del dritto si occupa di quello che dovrà essere in rapporto coll'attualità; che anch'essa ha a suo obbietto il dritto reale, limitandosene però al solo elemento ragionevole, e che questo sia la vera parte reale del dritto. In qualunque senso s'intenda la parola ragionevole, non si potrà mai fare, che la giurisprudenza non si occupi anche essa del medesimo obbietto; sicchè secondo una tale opinione non rimarrebbe perciò alcun posto per la filosofia del dritto, e distinguerebbesi dalla giurisprudenza solo in quanto sarebbe essa pure una giurisprudenza mediocre ed imperfetta.

Tale è l'impressione, che destano le filosofie di dritto, che si muovono in questa sfera. Alcune di esse contengono il dritto positivo, ma nessuna filosofia; molte nè l'una nè l'altra.

Il vero obbietto della filosofia del dritto

si è di considerarlo come membro d'un più vasto organismo: al quale concepimento non giunge la giurisprudenza. Avanti tutto è ufficio della filosofia dimostrare; come questo membro dell' organismo storico siasi svolto dall' intero, come siasi generato il dritto in generale, come l'umanità si sia elevata ad un tale concetto, il quale dalla filosofia è communicato alla giurisprudenza. È necessario, che il pensiero si elevi al di sopra di quello, che gli è presente, e che si spinga ad un obbietto, che non è circoscritto nella sfera della scienza speciale.

Il dritto come membro dell' intero organismo à pure in questo e con questo la sua storia. Questa storia del dritto considerata in quella generale dello spirito dell'umanità è perciò un secondo elemento di considerazione per la filosofia.

La filosofia del dritto dee investigarne la genesi e lo sviluppo fino all' ultima attuazione nella storia dell' umanità. Il vero filosofo è un veggente, che penetra nel passato, che passò inosservato per lo storico, guarda nel futuro, che è bujo per gli altri, e da quello che v' intravede concepisce pensieri più alti. In tal modo si apre alla filosofia il campo incircoscritto della realtà, in cui essa sperimenta le sue forze, invece di prendere ad obbietto della sua trattazione l'inesistente, ed avvilire in tal modo se stessa, che è la prima di tutte le scienze. È una violenta usurpazione fatta alla filosofia del dritto quella di sottrarre al suo dominio l'elemento positivo. D'altra parte non può essere al tutto ozioso il ricordare, che non deesi confondere la realtà col presente. È questo un momento passaggiero, che la filosofia non può arrestare, di cui non può preoccuparsi senza perdere se stessa. Si ripeta pure: «arrestati o momento; tu sei tanto bello: questo risponderà, cingimi di catene, ed allora vorrò prostrarmi volentieri al suolo. »

§. II.

Obbietto della giurisprudenza come scienza speciale è il dritto considerato in se stesso ed astrattamente dalla sua qualità di membro dell' intero organismo. Se dunque da una parte si nasconde al giurista la connessione del dritto collo spirito generale dell' umanità, e se per attingerne delle idee gli è forza volgersi ad una scienza più vasta, dall'altra gli è aperta tutta la ricchezza intima del dritto, le sue interne partizioni, la cui conoscenza sarà communicata da lui al filosofo.

Il giurista dunque considera il dritto nel suo isolamento, e tale è nel momento della realtà il dritto di questo o di quel popolo. Il filosofo per contrario concepisce i dritti dei diversi popoli soltanto come momenti e testimonj della esistenza, che il dritto à nella storia dell'umanità, i quali momenti si rappresentano isolati al giurista, e che egli connette fra loro solo quando un dritto si trasfonde in un altro. È questa connessione parziale ed esterna, che cade sotto l' investigazione giuridica, e non quella generale, in cui i dritti dei diversi popoli formano soltanto dei momenti d' una sola e medesima successione.

Da questo rapporto della filosofia del dritto colla giuriprudenza rilevasi quanto sieno fra loro dipendenti ed indipendenti. Il loro obbietto comune può essere compiutamente trattato soltanto coll'attività di entrambe. Quando si ventila la quistione, se l' ultima sia concepibile senza la prima, la risposta dipende dal significato, che si connette alla parola filosofia. Non può in alcun modo pretendersi come proemio alla giurisprudenza un sistema filosofico compiutamente svolto, molto meno che il giurista sia un filosofo perfetto, ma senza idee filosofiche egli non potrà perfettamente rispondere alla sua missione. Queste idee nondimeno possono avere il carattere d'una voce che parli inosservata allo spirito; e da ciò provenne, che la giurisprudenza si è mantenuta nella sua sfera conforme alla sua propria natura, primachè la filosofia come sistema adempisse al suo ufficio relativamente a quest' obbietto. In tal modo si compensa il loro reciproco avere e dare.

Prendiamo ora a considerare esclusivamente la scienza speciale del dritto, ed a determinare più da vicino il metodo e l'obbietto di essa.

Sistema e storia del dritto.

§. III.

Il dritto come formante un organismo vivo à: 1) una varietà simultanea, in quanto esso è diviso in altrettanti parti organiche che si suppongono e compiono reciprocamente:) ed un'altra successiva, essendo soggetto a cambiamenti sì nel suo insieme come nelle sue parti.

Così la scienza del dritto à due lati, il sistematico e lo storico, nel concepimento compiuto dei quali consiste la vera scienza del dritto. Con ciò non negasi, che una investigazione e trattazione scientifica si concentri in un caso speciale piuttosto sull'uno

che sull'altro. Un tal metodo non sarebbe certo per sè stesso parziale: lo sarebbe quando considerasse la parte come il tutto.

La conoscenza sistematica del dritto è quella che ne percepisce l'intimo legame, ne unisce le singole parti, ne comprende i particolari come membri dell'intero, e questo come un corpo che si svolge in organi speciali. La forza produttrice della simultanea varietà del dritto, ed in conseguenza il principio del sistema è la materia, le cui ineguaglianze è ufficio del dritto livellare.

Soltanto la conoscenza sistematica del dritto può esser detta compiuta, e più d'ogni altra coscienziosa, giacchè essa sola dà la sicurezza di concepire nel loro insieme tutte le parti del dritto. Se noi considerassimo il dritto come un semplice aggregato di principii, non sapremmo mai di certa scienza, se ci venne fatto di comprenderlo nella sua estensione: come d'un mucchio di pietre può mancare una parte, senza che lo spettatore ne avvertisse il difetto, quandochè se fossero ordinate ad edificio, ogni pietra che mancasse si manifesterebbe come un vuoto, e sarebbe possibile delinearne esattamente gli angoli. Ma anche internamente la conoscenza sistematica è la sola compiuta, giacchè il dritto è in se istesso è un sistema, e soltanto colui che come tale lo concepisce comprende perfettamente la sua natura. Quegli possiede una tale conoscenza sistematica, che comprende la connessione dei principii, ne ha investigato l'intimo rapporto, potendone tracciare la genesi di ciascun concetto fra tutti i membri, che cooperarono allo sviluppo di esso. Quando per esempio si considera il dritto parcolare di andare per un fondo altrui concesso da un proprietario di questo a quello d'un territorio contiguo, fa mestieri, che il giurista abbia coscienza del posto di esso nel sistema dei dritti e dei rapporti giuridici, ne investighi l'origine sino nel concetto del dritto, e da questo discenda ne' dritti speciali, cui è possibile soltanto in tal modo determinare perfettamente. Esso è un dritto, quindi una potenza sopra un obbietto; è un dritto sopra una cosa, ed è perciò partecipe della natura speciale di questi dritti: è un dritto sulla cosa altrui, ed importa un dominio parziale sopra questa: il lato, dal quale la cosa è soggetta, è quello dell'uso; e dovrà quindi essere noverato nella categoria dei dritti sulle cose, delle quali può usarsi: l'uso è determinato per un subbietto particolare, oltre del quale non estendesi, il dritto è perciò una servitù: ma dovendo servire per un fondo, è servitù prediale, che anzi servitù di passaggio, giacchè è in rapporto con un bisogno speciale di questo fondo. Io chiamo questa una genealogia di pensieri, nè potrebbesi considerarla come un semplice schema di definizioni. Ciascuno di questi pensieri è un membro organico, e non un muto istrumento, o un semplice organo di comunicazione: ognuno forma una individualità distinta da quella che l'à prodotta, e dalle altre, che seguiranno. Il principio generatore di tutte le istituzioni giuridiche è quello del dritto: la varietà degli uomini e delle cose ne forma la materia; in questo ultimo momento sta l'elemento della necessità nello sviluppo del dritto, la sua ragione, la sua qualità come sistema. Ma il sistema del dritto non tiene conto soltanto dei particolari giuridici nella loro vera natura ed espressione, ma il solo concepimento sistematico è capace di dare deduzioni compiute e certe sulla connessione di più dritti in un medesimo rapporto giuridico, sul potere, che esercita l'uno sull'altro, sulle modificazioni, che patiscono per un tale reciproco potere.

§. IV.

La storia del dritto, come rappresentazione della sua varietà successiva, à una doppia tendenza. L'organismo si svolge e si cambia sì nel suo insieme, come nelle sue parti, sicchè ciascuna di queste avendo una vita propria, sebbene indivisibile ed essenzialmente connessa col tutto, à pure una storia propria, che si svolge però in quella più generale del dritto.

È d'uopo dunque distinguere due parti nella storia del dritto: quella del dritto in generale, e la storia degli elementi speciali di questo. Fu detta storia interna l'ultima, ed esterna la prima: quest'espressioni possono però molto facilmente trarre nell'errore, che l'una avesse a suo obbietto l'elemento esterno e fenomenico del dritto, e l'altra l'interno ed essenziale. Inoltre si à in uso comprendere nella storia esterna del dritto l'indicazione storica delle fonti. È questo però un uso troppo limitato d'una tale espressione.

Obbietto di quella prima parte della storia del dritto è il successivo movimento di questo nei diversi momenti della sua esistenza, ossia la sua origine, le tendenze e l'attività delle fonti del dritto, la sua vita nella coscienza nazionale, le forme necessarie per la sua conservazione, la divisione in dritto privato pubblico ec. ed il rapporto

di queste parti, il suo carattere come il dritto di questo popolo; la storia di tutti questi momenti forma la parte prima della storia generale del dritto, e non è quella limitata alle fonti, come in realtà ma non di rado lo fu da quei medesimi scrittori, i quali dettero opera alla trattazione della così detta storia esterna del dritto intendendola come una semplice storia delle fonti.

Nei tempi antichi soltanto questa così detta storia esterna del dritto fu denominata *historia juris*: espressione al tutto erronea come se questa sola fosse la vera storia del dritto alla quale si contrapponeva l'interna sotto il nome di antichità del dritto, *antiquitates juris:* giacchè la conoscenza delle antichità è sì lontana dall'essere una storia, che piuttosto vi contradice, distinguendosene in quanto considera il suo obbietto non dal lato del suo movimento, ma in riposo. L'investigazione delle antichità si limita ad uno stato di cose già vieto e trascorso: mentre la storia se si occupa pure del presente, lo concepisce però nel suo sviluppo. La prima dunque ci ritrae le condizioni del dritto in un tempo passato, senza farci conoscere, come siasi generato, e quello che avvenne di esso, essendo questo appunto l'obbietto proprio della storia del dritto. L'investigazione filologica è un aiuto indispensabile per la storia, ma non è la vera storia.

L'espressione *antichità del dritto* come indicazione della storia di questo e d'una sua parte non rimase del resto un semplice errore di parole: ma ne fu conseguenza una erronea trattazione della materia. Ciò fu causa che fu perduto non rare volte il grande vantaggio, che le investigazioni filologiche potevano avere per lo storico. Le storie del dritto non furono semplicemente denominate antichità del dritto, ma lo addivennero pure: e mentre alcuno persuadendosi di avere trattato il dritto storicamente, tenevasi tranquillo nella sua coscienza scientifica, e sentiva soddisfatto un proprio bisogno, mancò per un determinato tempo interamente alla nostra scienza la storia, che è pure indispensabile. Anche ai giorni presenti è visibile il potere d'una tale confusione, giacchè vi ha degl'individui, che si tengono per istorici del dritto sol perchè versarono alquanto nello studio delle condizioni passate del dritto, ed altri che usano verso la storia del dritto un linguaggio, che sarebbe meglio diretto verso un'altra sfera, verso la trattazione esclusivamente filologica.

Obbietto della scienza del dritto.

§. V.

Osservammo precedentemente, che la giurisprudenza considera il dritto nel suo isolamento, ossia come dritto speciale d'un popolo, e che ne trascende i limiti solo quando il dritto di esso storicamente si connetta ad altri dritti.

Per una tale limitazione, che la distingue dalla filosofia del dritto, la giurisprudenza prende essa pure in un certo grado un carattere nazionale, addivenendo romana, germanica ecc. Parlasi pure d'una filosofia greca, tedesca, francese, ma o s'indica con ciò solamente i suoi cultori collettivamente, nel medesimo senso in cui si è uso denominarli da un solo autore, Platonici, Hegelliani, o quando si adoperano quell'espressioni per indicare l'influenza della nazionalità, è questa una imperfezione, che non solamente contradice, ma esclude interamente la vera filosofia. La denominazione di tedesca o romana alla giurisprudenza esprime per contrario una influenza della nazionalità, che non è fenomenica, ma è nella cosa stessa.

L'attività del giurista è dunque volta al dritto del suo popolo. In ciò si ripone l'importanza immediatamente pratica della sua scienza, e che rilevasi particolarmente dal nome giurisprudenza.

L'obbietto d'ogni scienza richiede ed ammette un'applicazione alla vita; ma vi à delle scienze, nelle quali una tale applicazione è un effetto soltanto mediato. Sono queste le scienze generali, la cui applicazione segue per mezzo delle speciali, e che verrebbero falsate da una direzione immediata alla realtà. Questo avvenne sovente alla filosofia, quando i filosofi in vece di concepire il loro ministero come qualche cosa di più elevato e risguardante i più alti interessi dell'uomo, ed aggiungere in tal modo nuovo rispetto ed importanza alla scienza pretesero costituire stati, dettar codici, e proporre una religione. La giurisprudenza, per contrario si perderebbe, quando non avesse tutt'ora presente una immediata applicazione alla vita. Sarebbe per altro erroneo opinare, che non basti che questa direzione si manifestasse in tutta l'attività sì generale come speciale del giurista, e che questi in tutte le sue investigazioni abbia un tale pensiero come suo ultimo scopo, ma che la giurisprudenza non dovrebbesi occupare di altro che di noverare i principii giu-

ridici, che sieno immediatamente applicabili alla vita presente. Chi opinasse in questo modo della giurisprudenza (ed io non so, se una tale opinione sol perchè fosse falsa, dovrebbesi riguardare come impossile) potrebb' essere richiesto di rispondere alla quistione, donde trarrebbe il giurista quei principii? Secondo una tale opinione pratica della giurisprudenza, un giardiniere, sol perchè il suo è un ufficio tutto pratico, non avrebbe altro a fare, che piantar alberi con frutti maturi: e quando dimandasse, donde avrebbe ad estrarli, sarebbe diretto dal vicino, che li possegga nel suo giardino.

§. VI.

Se noi abbiamo indicato come obbietto della giurisprudenza il dritto del proprio popolo, con ciò non intendesi isolare la giurisprudenza tedesca e segregarla da qualunque *comunicazione* con quella degli *altri popoli*, o che dovesse cercarsi una tale comunicazione soltanto nella filosofia: giacchè non solo vi è nei dritti di tutti i popoli, i quali hanno una origine germanica, un elemento comune, che pone un punto di contatto anche fra ciascuna giurisprudenza, ma (ed è questo più importante) tutte le nazioni Europee, e quelle che si trapiantarono altrove ereditarono dall'antichità un bene comune, sul quale si concentra la loro attività scientifica, e questo è, per quanto riguarda la giurisprudenza, il dritto romano. Il potere, che un tal dritto mediatamente ed immediatamente ha esercitato sulle legislazioni dei presenti popoli è più di qualunque altro l'elemento, che avvicina la loro giurisprudenza.

Il dritto romano ha perciò una doppia importanza. Da una parte forma un elemento sommamente considerevole del nostro dritto presente, o che valga espressamente, o che sia incorporato nelle nostre legislazioni, che hanno ritratto moltissimo da quello parcolarmente nel dritto privato: forma dall' altra un centro di comunicazione fra tutte le nazioni, e dà alla nostra giurisprudenza senza togliere ad essa il suo sostrato nazionale una importanza, che trascende i confini d'un popolo. In tal modo la più nazionale di tutte le scienze segue la potente tendenza d'un avvicinamento spirituale di tutte le nazioni, dando a questo un più sicuro fondamento, e vieta nel medesimo tempo, che quella tendenza non degeneri in una adozione di specialità straniere, che farebbe d'una legislazione d'un popolo un'opera composta d'elementi varii ammassati alla rinfusa.

V' ha dei giuristi in Germania, i quali si sforzano o di sceverare interamente dal nostro dritto qualunque elemento romano in grazia del dritto originale tedesco, o almeno per il presente di subordinarlo a quest'ultimo, non dissimili da quelli, che si persuadevano curare l'arte Tedesca negligendo l'antica, o scorgevano nello studio dei modelli antichi la corruzione della nostra poesia. Io penso che questi si rappresentino l'istoria come una tomba, nella quale i popoli passati giacciono con tutti i prodotti del loro spirito nelle chiuse bare morti interamente per la posterità; e ch'essi considerino la connessione successiva delle nazioni, e la contemporanea, come un male, che riguardino il maggiore isolamento d'un popolo e nel presente e per l'avvenire come il bene più desiderabile, e che essi volessero rivendicare per il nostro dritto originale tedesco quel predominio, che fu riconosciuto al dritto romano per otto secoli.

Una trattazione vera del dritto romano per la giurisprudenza presente è quella, la quale risponda alla doppia importanza, ch'esso ha come dritto del popolo, dal quale fu ricevuto, e come dritto generale delle nazioni civili. Ed a tale oggetto è necessario, che noi lo considerassimo, come superiore ai limiti di quella nazione, nella quale originossi, e che facessimo più chiaramente rilevare quello che assicura ad esso una importanza tanto generale. Fa mestieri, che non ci facessimo schiavi della lettera del dritto romano, per quanto poco dobbiamo nell'arte ciecamente imitare i tempii e le scritture greche, o copiare le poesie degli antichi: ma dipartendoci dalla lettera, è necessario lasciarci informare dallo spirito d'un tal dritto. Si andrebbe errati però, quando si opinasse potersi acquistare una tanto libera conoscenza d'un tal dritto, senza averlo studiato dagli stessi romani: soltanto quegli che si sarà fatto cittadino del suolo natio di essi potrà elevarsi al di sopra di questo circoscritto spazio. È quella la scuola, alla quale dovrà educarsi, come l'artista comincia coll'imitare i modelli. Questa scuola dovrà essere certo animata dal pensiero dell'avvenire, al quale essa prepara; ma non si dovrà per impazienza sostituire al tempo della semenza quello della raccolta.

In questo senso gli elementi fondamentali dell'istruzione giuridica, che si à in uso denominare Istituzioni ànno per scopo di servire d'introduzione al dritto romano, qual esso era presso un tal popolo.

CAPITOLO II.

Sviluppo dell' idea del dritto nella storia.

§. VII.

Lo sviluppo del dritto ha un doppio problema a ricolvere. Da una parte è necessario, ch' esso si elevi al di sopra di tutte le individualità ed ineguaglianze personali, e che non si lasci predominare da queste. Solo quando siasi ciò ottenuto, il concetto del dritto avrà raggiunta tutta la sua purezza. Per riuscirvi fa d'uopo, che la personalità, che è la qualità che si avviene a tutti gli uomini, sia riconosciuta ed attuata come principio fondamentale del dritto, e che ogni differenza naturale degl' individui sia subordinata a questo che dovrà solo predominare. Dall' altra parte è pure necessario, che non si sconoscano le varietà individuali, ossia che le istituzioni del dritto sieno statuite in modo da rispondere agli esistenti bisogni personali. Ci piace denominare il primo dritto rigoroso, il secondo dritto di equità.

§. VIII.

Il concetto del dritto si è svolto successivamente nel tempo. L'origine delle nazioni forma epoca nella storia di esso. Prima di questo tempo l'umanità era spartita soltanto in famiglie, fra le quali non eravi alcun vincolo giuridico; che anzi anche nelle singole famiglie il sentimento del dritto era soppresso sotto il predominio dell' amore personale, sul quale à suo fondamento la famiglia (1). Col volgere del tempo formossi fra la famiglia e l' umanità un' altra associazione, il popolo, che è una comunità di uomini aventi la medesima origine, idioma, e luogo. I membri d' un popolo sono stretti fra loro da un amore, senza cui non è generalmente possibile alcuna associazione naturale, ma non è questo l' amore personale, esso riguarda le persone come concittadini, e non come semplici individui, giacchè sotto un tale aspetto le loro individualità ci sono al tutto indifferenti. Anche quando noi siamo compresi dell' amore della patria o della nostra nazione, uno straniero può esserci più intimamente connesso nelle sue relazioni individuali, che un concittadino. In luogo dell'amore dell' individuo, che si oppone al puro sviluppo della coscienza giuridica, è sostituito in un popolo nelle relazioni civili il riconoscimento ed il rispetto della persona, del subbietto del dritto, e si manifesta in tal modo e fortemente il concepimento giuridico dei rapporti. L' autorità sulla quale si fonda l' ordine nella famiglia è quella del padre di famiglia, i cui comandamenti sono accolti dai membri di essa con amoroso rispetto. Presso un popolo è predominante invece l' ordine giuridico, che vi si costituisce un potere, un'autorità, dai quali è garantito. In tal modo è soltanto presso i popoli, che il dritto prende una forma che rende possibile il suo sviluppo: soltanto coi popoli comincia la vera storia del dritto (2).

I popoli istessi sono altrettante individualità aventi forme e tendenze inuguali. Questa individualità è quella che dicesi carattere d' un popolo. È perciò, che anche i dritti dei popoli si differenziano fra loro, giacchè la specialità d' un popolo si manifesta nel dritto, come nella sua lingua e nei suoi costumi. La diversità dei dritti è parte con-

(1) Trovasi accennato questo pensiero in quello che i giuristi Romani dicono del *jus naturale*, che essi ritengono per al tutto diverso dal *jus gentium*, e dal *jus civile;* L. 1 §. 3. L. 4. 5. *D. de just. et jure* (1. 1.) Essi intendono per il primo il dritto anteriore alla formazione dei popoli, il dritto degli uomini non pensati come membri d' un popolo, e vi comprendono particolarmente i vincoli di famiglia nel loro fondamento naturale astrattamente dalla loro costituzione speciale presso i differenti popoli. È perciò, ch' essi dicono pure: tutti gli uomini sono liberi *jure naturali*, giacchè la schiavitù originossi dalle guerre fra popoli diversi: da ciò fanno derivare le eccezioni dalla rigorosa opinione, che gli schiavi siano da trattare come cose. Essi lo concepiscono per il dritto, al quale gli uomini siano spinti quasi per istinto naturale, e che in certo modo influisce anche sugli animali: *jus naturale est quod natura* (*non naturalis ratio*) *omnia animalia docuit*: esso si fonda sopra un oscuro istinto e non sopra una chiara coscienza.

(2) I giuristi Romani indicano un tale progresso coll'espressione *jus gentium*. Questo suppone (L. 5. D. *de just. et jure*) che i popoli sieno distinti, fondati i regni, la proprietà divisa, i campi limitati, ferme sedi stabilite, costituiti i rapporti obbligatorii. Il dritto è divenuto un fatto di coscienza: il *jus gentium* si fonda sulla *naturalis ratio*. Fa d' uopo però distinguere questo concepimento filosofico che avevano i giuristi del *jus gentium* dall' importanza pratica di esso presso i Romani: di questa si farà parola nella storia del dritto romano.

temporanea (fra quelli dei popoli esistenti in una medesima epoca), parte successiva. Anche presso un medesimo popolo si addimostra questa successiva varietà, formando il dritto di esso una storia progressiva: come pure àvvi un processo di sviluppo del dritto in tutta l'umanità, a cui ciascun popolo prende la sua parte. Ogni popolo è un anello della grande catena, che comincia dai secoli, che si perderono nella notte del passato, per finire al termine di essa: il dritto di un popolo non si circoscrive nella sfera individuale di se stesso: sembra tale a noi, quando ci limitiamo a considerarlo soltanto in rapporto coi popoli contemporanei. Ma nella successione dei popoli esso forma il retaggio della intera umanità.

§. IX.

Un tale progressivo sviluppo del dritto si lascia intravedere ed anche riconoscere di membro in membro nei popoli che si seguirono l'un l'altro. Soltanto successivamente il concetto del dritto à raggiunto la più grande chiarezza e certezza deponendo a mano a mano le spoglie che lo coprivano e l'avviluppavano. Esso à raggiunto presso il popolo romano la perfezione, che era possibile raggiungere nell'antichità, e da quello ci venne per tradizione nel mondo moderno, in cui à preso una novella tendenza e sviluppo. Possiamo dire, che la prima parte del problema, che noi abbiamo indicato come il pareggiamento delle ineguaglianze fu risoluta nel dritto romano.

Senza avere in non cale un tale risultato il mondo moderno tende a soggiungere l'altra. Non perchè i Romani avessero sconosciuto un tale elemento del dritto: chi opinasse in tal modo, troverebbe da apprendere qualche cosa di meglio percorrendo gli avanzi della loro letteratura giuridica. Ma essi ne gettarono soltanto le prime fondamenta, ed in quella sola parte del dritto, nel quale particolarmente versarono. Colla grande svariatezza, che distingue la nostra vita esterna ed interna da quella dell'antichità, è cresciuto il numero e l'importanza delle condizioni e dei rapporti speciali, che il dritto non può sconoscere, e che à la missione di soddisfarli.

CAPITOLO III.

Origine esterna del dritto. — Origine generale.

§. X.

L'esistenza del dritto, che determina ed ordina i rapporti umani, si fonda sulla coscienza giuridica degli uomini. Questa viene loro da Dio, epperò il dritto è un ordine divino, che si rivela all'uomo per mezzo della sua coscienza. Noi abbiamo ora ad occuparci di questa origine esterna e naturale del dritto, in cui il vero creatore si nasconde, e lascia apparire il dritto come una creazione dello spirito umano, che anzi lo fa non solamente apparire, ma divenire nel suo sviluppo e formazione una produzione umana.

Un pensiero comune suppone una coscienza comune che ne sia la fonte. Esso addiviene un principio di dritto solo quando è riconosciuto come tale dal convincimento di coloro, che ne dovranno essere regolati. Mediante una comune coscienza giuridica non altrimenti che con una medesima religione o lingua, i membri d'un popolo sono ligati d'un vincolo materiale e spirituale, che si estende al di là del subbiettivo della famiglia, e forma un elemento parziale di quello più generale dell'umanità. La coscienza, che gl'individui hanno come membri d'un popolo, che è nata con essi, e forma il legame spirituale della loro associazione, in una parola lo spirito d'un popolo è la fonte del suo dritto e delle convinzioni giuridiche, che si manifestano ed hanno realtà nei singoli individui.

Una tale origine è la causa della varietà del dritto secondo la differenza dei popoli. La specialità delle opinioni giuridiche è non meno dell'idioma uno dei segni caratteristici d'una diversa nazionalità. Come la comunità del dritto è uno dei vincoli spirituali, che affratellano un popolo, così pure la specialità dello sviluppo storico della coscienza giuridica forma uno degli elementi, che distinguono un popolo dagli altri.

Quando un popolo è diviso in più frazioni, da una parte sarà visibile fra queste come nella lingua così nel dritto l'origine comune, dall'altra ciascuna di esse avrà uno sviluppo proprio sotto entrambi gli aspetti. Un tal fatto lasciasi chiaramente osservare presso i popoli, che hanno comune l'origine germanica. Anche in un medesimo popolo, senza che questo si spartisse in molti

altri, formansi molte nazionali divisioni non altrimenti che se fossero altrettanti popoli distinti. Queste parti d'un medesimo corpo si distingueranno nelle loro opinioni giuridiche per alcune specialità, particolarmente in quei punti, sui quali la personalità maggiormente influisce. Queste specialità però ànno sempre a sostrato una coscienza giuridica comune all' intero popolo, verso cui si addimostreranno come singole e particolari differenze.

Così al popolo tedesco risponde un dritto ed un idioma tedesco, proprietà di tutte le frazioni nelle quali è diviso, e nondimeno troviamo in queste come nell' idioma così nel dritto delle specialità, che caratterizzano ciascuna frazione. Il dritto à i suoi provincialismi al pari dell' idioma.

Tutto questo è espresso nelle parole: dritto comune e particolare. Il senso di queste parole è relativo al dritto comune può esser detto quello d'una frazione più grande di questo popolo in opposizione dei dritti particolari delle sfere più circoscritte, che vi sono contenute, ed hanno la loro unità nella prima: il legame di questa colle altre è sempre quello del genere colla specie. Ordinariamente però l' espressione, dritto comune, è usata ad indicare il dritto appartenente e generale all' intero popolo, e l'altra, dritto particolare quello di una delle frazioni, in cui questo mediatamente o mediatamente è spartito. Noi denominiamo dritto comune quello, che non à una sfera più larga, alla quale si rapporti come particolare.

§. XI.

Abbiamo detto, che il dritto à la sua esistenza nella coscienza umana giuridica, e questa ci si è data a conoscere più da vicino, che la coscienza nazionale. Ma per l' esistenza reale del dritto non basta la semplice coscienza. Noi possiamo attribuire ad esso una realtà conforme alla propria natura solo quando i rapporti della vita sieno realmente ordinati a seconda dei suoi principii. Il dritto si compone di precetti: esso ordina, che alcune cose sieno fatte, altre tralasciate: la coscienza giuridica è dunque la volontà, che avvenga quello, che è conforme al dritto (1) Questo suppone la possibilità della ingiustizia, ossia d'uno stato di fatto, che discorda dai precetti del dritto. La volontà di più individui aventi un medesimo dritto intende al certo ad attuare il dritto, ed ad impedire l' ingiustizia: ma la semplice volontà non è a ciò bastante, vi abbisogna un organo, perchè fosse adempiuta. Quest' organo, in cui s' incorpora il dritto, e dal quale riconosce la sua attuazione è l' autorità, colla cui esistenza un popolo addiviene un essere politico, uno stato, senza cui il dritto avrebbe un esistenza soltanto precaria ed imperfetta, e la coscienza comune, sulla quale ha fondamento sarebbe piuttosto un desiderio, anzichè una volontà forte e reale.

Fonti particolari del dritto.

§. XII.

L'origine immediata del dritto è invisibile. Chi potrebbe seguire le tracce, per le quali una opinione si origina, si feconda, cresce si svolge, e si manifesta in un popolo. Di quelli che vi si occuparono i più partirono da idee erronee. Alcuni opinarono che il popolo apprenda le sue opinioni dal di fuori, dai giureconsulti. Altri pensarono risolvere la quistione osservando; che quando uno imprende qualche cosa in un popolo, gli altri fanno facilmente il medesimo, e che quando formino questi in fine il numero maggiore, il popolo per forza d' abitudine si persuade in fine, che ciò sia e debba essere realmente così. Con simiglianti bizzarri ritrovati pensossi definire la quistione, e sostituire qualche cosa di materiale e sensibile all' invisibile e spirituale. Coloro per contrario, che erano meno preoccupati da idee materiali, furono al caso di rendere almeno probabili alcuni singoli punti della quistione non risoluta nè investigata nel suo insieme.

Quello che ci è visibile, è il prodotto istesso, ossia il dritto dopo che è uscito dall' oscuro riposto, dove fu lavorato, ed à già presa realtà. Esso nella sua origine e-

(1) Un giureconsulto romano, dopo aver descritto il sentimento giuridico *(justitia)* come una volontà *(justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi)*, indica nel seguente modo i precetti del dritto: *juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (*L.* 10. D. *de jure. et jure* 1.) I due ultimi sono i principii, che riguardano il riferimento che noi abbiamo verso le altre persone, e che sono parte negativi, parte positivi: il primo riguarda la propria persona. Il giureconsulto vuol dire con ciò, che non basta il non violare alcuno, ed il rendere a ciascuno quello che gli è proprio, per non essere in collisione col dritto. Questo riprova pure la violazione della propria personalità, con un indegno procedere.

sterna può manifestarsi sotto tre forme: 1) come immediata convinzione dei membri della nazione, appalesandosi nelle loro azioni: dritto consuetudinario: 2) come legge: 3) come prodotto delle deduzioni scientifiche. Gli organi, per i quali il dritto prende una forma visibile, diconsi fonti del dritto: sono queste l'immediata coscienza nazionale (consuetudine), la legislazione, e la scienza.

Dritto consuetudinario.

§. XIII.

La prima di queste fonti, perchè più da vicino ed immediatamente è connessa coll'origine fondamentale d'ogni dritto umano, è la coscienza nazionale dei membri d'un popolo. Una manifestazione perfetta di essa consiste in ciò, che gl'individui operino conformemente al loro convincimento giuridico, confermandolo colla pratica. Questa avendo a suo fondameuto un convincimento comune si ripete nei casi simili uniformemente a se stessa sotto le forme di costumi o consuetudini: da ciò denominossi dritto consuetudinario quello che si origina in tal modo.

Molti per determinare la parte che la pratica del dritto à sulla sua origine asserirono, che la consuetudine sia la fonte di esso. È questa una opinione, la quale si connette con quelle già mentovate sulla origine del dritto. L'opinione vera è la contraria: la pratica è soltanto l'ultimo momento, in cui il dritto già sorto e vivo nella coscienza individuale si manifesta e prende corpo esternamente. Il potere, che la consuetudine può avere sopra un convincimento giuridico, si è che per suo mezzo questo può divenire un fatto di coscienza, e confermarvisi. Per esempio, quando si manifesta in una pratica non interrotta il principio di dritto, che per la trasmissione della proprietà non basti il semplice consenso fra l'antico proprietario e quello, che vuole addivenirlo, e che sia quindi necessario aggiungervi un atto ulteriore, come per esempio la tradizione reale del possesso della cosa, sicchè in tutti i casi, colui che non potesse pruovare che il solo consenso, non potrebbe affermarsi come proprietario, una tale pratica e consuetudine potrebbe in vero contribuire alla certezza e fermezza del riportato principio giuridico, ma questo non originossi per mezzo dell'una o dell'altra, le quali mancherebbero esse stesse d'ogni fondamento giuridico, quando quello non le avesse precedute (1).

Dritto legislativo.

§. XIV.

Alcune volte potrà essere necessario espressamente statuire sopra alcuni punti quello che può considerarsi come convincimento comune: e che il governo anticipatamente dichiari ciò che debba valere come regola generale. Questo atto dell'autorità è la legislazione: le manifestazioni espresse di questa diconsi leggi, ed il dritto, che si origina in simigliante modo, è detto dritto legislativo o promulgato.

Può pretendersi, che il legislatore si faccia realmente l'interpetre dei bisogni comuni nazionali, sia che formoli in legge un principio di dritto già da lungo tempo riconosciuto, o aiuti un concetto che si va formando successivamente, e che è conforme al vero bisogno generale. Una volta che la legge è fatta, la sua validità non potrà più dipendere dalla investigazione del suo reale accordo col sentimento universale. Una tale investigazione supporrebbe un potere superiore legislativo, ed avanti a cui s'agiterebbe novellamente la medesima quistione. Quello dunque che nelle ordinate forme giuridiche fu statuito come legge, dee valere come dritto, come l'espressione d'un bisogno comune, non per se stesso, ma per la forma in cui originossi.

Sovente, per quanto strana potesse parere una tale opinione anche a coloro, che abbiano una mediocre intelligenza della ori-

(1) La mia opinione, che la consuetudine emani dalla coscienza giuridica e non questa da quella fu obbietto di meraviglia per molti come al tutto contraria a quella precedentemente predominante. Questi volendo fuggire gli estremi ànno cercato tenere una via media più sicura, che consisterebbe in ciò, che l'opinione antica (la quale per altro fu ammessa da giureconsulti di molta fama) non sia erronea, e che la moderna sia in molti punti anche vera. Vi à certo degli errori contrarii, e quì è bene avvisato indagare la verità nel mezzo: ma anche l'errore e la verità possono sembrare come estremi. Chi cercasse il mezzo fra questi andrebbe errato, giacchè fra l'uno e l'altro non vi à alcun mezzo. La persistenza in quell'errore si fonda sulla perpetua confusione della origine del dritto consuetudinario, e del modo di riconoscerlo. Riconoscibile ci addiviene colla pratica; e per coloro, che intendono a riconoscerlo, può certo dirsi, che si origina con quella.

gine del dritto, le leggi furono considerate come la sola fonte del dritto, almeno in condizioni giuridiche molto proplzie: da ciò provenne, che molti usano denominare ogni principio di dritto una legge, ogni dritto una legislazione, e si è opinato, che le condizioni giuridiche d'uno stato fossero molto perfette, solo quando tutti i principii di dritto fossero formolati in legge. Questa opinione è contradetta sì dalla esperienza storica (1), come dalla possibilità d'una tale intrapresa, la quale al più potrebbe riuscire negli ultimi momenti della vita d'un popolo: in qualunque altro tempo però, per quanto una legslazione potesse essere perfetta, vi sarà sempre una moltitudine di convinzioni giuridiche non formolate in legge.

Dritto scientifico.

§. XV.

È missione della scienza, riconoscere le verità giuridiche nella loro connessione sistematica, come supponentisi e derivanti l'una dall'altra, per seguire la genesi di ciascuna sino al suo principio, e potere derivarne le ultime conseguenze. Con un tale lavoro sono chiariti, ed addivengono un fatto di coscienza quei principii che si ascondevano nello spirito del dritto nazionale, e non si erano manifestati nè nella spontanea convinzione o nei fatti degl'individui, nè nelle determinazioni espresse del legislatore, e che prendono una esistenza soltanto come un prodotto della deduzione scientifica. In tal modo addiviene la scienza una terza fonte: il dritto, che si origina per essa, è il dritto scientifico, o meglio, perchè è il prodotto dell'attività dei giuristi, è il dritto dei giureconsulti.

Quest'ultima espressione può avere un altro significato. Si può intendere con essa quel dritto, che vive particolarmente nella coscienza dei giureconsulti, ed è conservato da essi. Ciò avviene nei tempi di decadenza d'un popolo, quando il dritto colla sua primiera semplicità perde in gran parte la capacità di essere concepito in un modo compiuto da tutti i membri del popolo. Anche del dritto consuetudinario può dirsi, fatta astrazione di quello particolare ai singoli luoghi e piccoli distretti, ch'esso viva e si sviluppi nella coscienza dei giuristi come i più intelligenti di esso, e come quelli, che avendo per missione di versare peremnemente nelle materie giuridiche, possono essere considerati sotto un tale rispetto come i naturali rappresentanti degli altri; in questo senso anche il dritto consuetudinario potrebbe esser detto dritto dei giuristi. Deesi però preferire la prima espressione come la meno equivoca per il dritto, che ha la sua fonte nella scienza.

Modi di riconoscere il dritto.

§. XVI.

Ogni principio giuridico può essere riconosciuto per una di queste tre fonti, la coscienza spontanea del popolo, la legislazione, e la scienza. L'interesse pratico della distinzione e conoscenza di queste diverse fonti, si è, che con un tal mezzo diviene possibile rispondere alla quistione, se una regola sia fondata sul dritto. Importa investigare sotto quali condizioni può ammettersi per mezzo di quelle fonti l'esistenza d'un principio giuridico, o come possa riconoscersi l'esistenza d'un dritto consuetudinario, legislativo, e scientifico. Una tale conoscenza è attinta sia dai documenti, quando il dritto è già scritto, *jus scriptum*, o da altre fonti, quando non è scritto, o almeno non lo è chiaro abbastanza.

Per il dritto consuetudinario il mezzo più naturale di riconoscerlo è la pratica, in cui la convinzione giuridica nazionale si manifesta e riflette. La pratica consiste in atti, i quali contengono l'applicazione del principio. Essa può essere stragiudiziaria e giudiziaria (*usus fori*). Quando per esempio vi è in una città la consuetudine che l'inquilino che lasci la casa, debba renderla nel medesimo stato, nel quale gli fu data, una tale consuetudine può essere adempita di accordo fra le parti senza intentare una lite: la pratica in tal caso sarebbe stragiudiziaria: ma è pure possibile, che l'inquilino neghi di farlo, e vi sia astretto giudiziariamente; in questo caso vi si è aggiunta una pratica giuridica del medesimo principio.

Ma quali condizioni sono necessarie, perchè la pratica potesse valere come un mezzo incontestabile di riconoscimento del dritto consuetudinario? È qui importante ricordare in qual modo si è generalmente opinato sul rapporto della consuetudine col dritto. Per

(1) Ciò si mostrerà nella storia del dritto Romano, senza ricorrere alla ben nota sentenza di Tacito: *corruptissima republica plurimae leges*: sebbene debbasi questa intendere in un senso molto più limitato.

rispondere ad una tale quistione noi proponiamo la seguente regola: la pratica avrà una tale capacità, quando si manifesti come l'emanazione d'una convinzione comune e nazionale (1). A ciò è necessario: 1) ch'essa fosse l'applicazione del principio, come principio giuridico, o avente una necessità giuridica; quando nel caso precedentemente riportato l'inquilino vi si fosse condisceso per semplice liberalità o compiacenza, non potrebbesi considerare un tal fatto come un atto della pratica d'un principio di dritto. 2) La pratica dee essere costante, ed uniformemente ripetuta nei singoli casi dell'applicazione del principio; ossia dee essere un costume, una consuetudine, *longa consuetudo*. Stante una tale qualità della pratica dev'essere interamente esclusa la possibilità, ed anche la minima probabilità, che l'uniformità degli atti intervenuti in epoche diverse e provenienti da persone differenti sia puramente fenomenica, e non abbia la sua ragione in una intima unità di convinzioni giuridiche. Non deesi nondimeno dimenticare, che una consuetudine o tradizione à autorità solo in quanto da quella può conchiudersi ad un principio di dritto, e non perchè essa stessa lo sia. Non merita perciò alcuna considerazione, se per altri modi si abbia la certezza, che il principio, che dovrebbe essere manifestato per mezzo di essa, non esiste. Così dunque quando una consuetudine espressamente contradicesse ai precetti religiosi, o alle regole del dritto, che non ammettono eccezione alcuna, per quanto costante ed antica si fosse, non potrebbe essere mai considerata come l'espressione d'un principio giuridico (2).

Del resto la consuetudine non è l'unico mezzo di riconoscere il dritto consuetudinario: anche il testimonio sulla sua esistenza di persone degne di fede, e non dubbii documenti potrebbero pruovarlo o almeno contribuire alla pruova di esso.

§. XVII.

Per il dritto legislativo il più importante mezzo di riconoscimento è la parola. Un tal mezzo di riconoscimento è da una parte il più semplice, il più accessibile a ciascuno (perciò sembra un tal dritto a prima vista di avere molti vantaggi su qualunque altro), dall'altra parte l'interpetrazione del dritto legislativo à alcune speciali difficoltà, a superare le quali vi abbisognano delle conoscenze non comuni a tutti. È una semplice illusione, quando si è creduto o affermato, che il dritto sol perchè sia formolato in leggi, ne addivenga perciò più certo, indubitato, e riconoscibile.

Simiglianti difficoltà provengono in parte da quel principale mezzo di riconoscimento, la parola legislativa, ed in parte ancora dalla natura stessa d'un tal dritto.

Relativamente alla prima avanti tutto può riuscire dubbio il significato delle parole: queste possono essere falsate, e più una legge è antica, maggiore è una tale possibilità. Il dubbio può estendersi all'intero documento, o limitarsi ad alcune parole e proposizioni. L'attività scientifica, colla quale può acquistarsi una certezza su questo punto, l'investigazione sulla verità d'un documento, sia nel suo intero, o nelle sue parti, in una parola, la critica è un ufficio del giureconsulto. Essa riesce necessaria per tutti i principii, che ci vengono trasmessi per documenti, che anzi per tutti i dritti, che abbisognano d'essere pruovati con un tal mezzo, e perciò particolarmente anche per il dritto legislativo.

Anche il significato delle parole può essere dubbio. Sono queste il testimonio della volontà del legislatore, ch'esprimendosi con esse può adoperare delle parole, che abbiano un doppio significato. Un tal male occorrerà più sovente, quanto meno capacità avrà nell'idioma colui che formola la legge, o quanto più sconsideratamente si adempierà all'ufficio della legislazione.

Ma alcune volte anche la più accurata diligenza non varrà a prevenirlo. L'investigazione del significato delle parole, e perciò della volontà del legislatore, addimandasi interpetrazione. Questa poggia sopra principii scientifici, e deesi perciò distinguere dalla determinazione del significato d'una legge precedente con una posteriore, o col dritto consuetudinario, il quale atto è detto interpetrazione legale (3). Questa interpetrazione legale non è altro che la produzione d'un novello principio giuridico sia per legislazione o consuetudine, che è in tale rap-

(1) Secondo l'opinione sopra confutata la quistione sarebbe la seguente: quali condizioni dee avere la pratica per produrre un dritto consuetudinario? Per rispondere a questa dimanda non vi sarebbe alcuna regola.

(2) Questo è detto in una costituzione di **Costantino L. 2. C.** ***quae sit longa consuetudo*** (8. 53.) *Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, sed non usque adeo sui valitura momento, ut rationem vincat aut legem.*

(3) Che si è in uso distinguere in autentica, quando è fatta dal legislatore, ed usuale, quando avviene per consuetudine.

porto colla legge interpetrata, che nella applicazione dev'essere considerata, quasi fosse già contenuto in quelle leggi. Il fondamento della vera interpetrazione, che per distinguerla dalla legale è detta dottrinale, si è: 1) le parole: il significato d'una legge dee manifestarsi dalle parole, dev'essere conforme a queste, giacchè una legge è la volontà del legislatore espressa con parole. Quando si osservasse, che il legislatore à voluto tutt'altro da quello, che vi è espresso, la sua volontà non potrebbe avere alcuna forza, perchè non è espressa, nè lo potrebbero le parole, perchè non contengono la sua volontà. 2) Oltre le parole l'interpetrazione dee porre mente ad altri particolari, dai quali può essere chiarita la volontà del legislatore; tali sarebbero per esempio i principii di dritto, che egli abbia già riconosciuti, e da cui può dedursi quello, sul quale cade il dubbio, quando tutt'altra intelligenza delle sue parole sarebbe in contradizione con essi; e questa o riuscirebbe inconcepibile o mancante di ragione: tali sarebbero pure lo scopo, al quale intendeva il legislatore, ed in particolare tutti i fatti, che poterono aver forza sulla sua volontà, e dai quali potrebbesi conchiudere a questa. Addimandasi grammaticale l'interpetrazione d'una legge tratta dalle parole o dalle regole dell'idioma; logica quella fondata sopra altre ragioni, e si è parlato di esse sovente come di due modi d'interpetrare indipendenti, sicchè l'uno potesse essere applicato senza l'altro, o quasichè fosse al tutto oziosa l'interpetrazione logica, quando dalla grammaticale risultasse un significato a quanto ragionevole, senza porre mente, che il rispondere alla quistione, se il pensiero d'una legge sia ragionevole, trascende la sfera della interpetrazione grammaticale. La verità su questa materia è la seguente. Quando le parole non generano alcun dubbio, e l'ammissione d'un determinato pensiero, ch'esse rivelano, non è contradetta da alcuna impossibilità o forte improbabilità, non è lecito avvolgere nel dubbio la volontà del legislatore per improbabilità attinte da altre ragioni, giacchè altrimenti sarebbe nel fatto impossibile assicurare, non ostante la più accurata scelta delle espressioni, il concetto ed il pensiero d'una legge contro premeditati dubbii. La regola che propone un giureconsulto Romano per l'interpetrazione delle disposizioni d'un testatore è la seguente: *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.* (*L.* 25. 1. *D. De leg.* 111. (32). Ma con tutto ciò non è men vero, che non può ammettersi nel senso sopra indicato una distinzione compiuta fra l'interpetrazione grammaticale e la logica.

§. XVIII.

Infine può sorgere dubbio sulla esistenza stessa della legge, s'essa avesse presentemente forza obbligatoria. La sua esterna esistenza nello scritto, per mezzo del quale fu conosciuta, continua anche poi che fu annullata. Dal documento, che contiene la legge, non rilevasi, s'essa sia stata annullata da un'altra posteriore. Non basta dunque conoscere la legge, la quale contiene la regola giuridica di alcuni determinati rapporti, ma vi abbisogna la conoscenza di tutte le altre leggi, per non incorrere nell'errore di ritenere come valida una legge già annullata. È ben altro per il dritto consuetudinario: cambiandosi, o una novella consuetudine prendendo le veci dell'antica, cesserà in pari tempo la sua esistenza esterna, la pratica del precedente principio di dritto.

La difficoltà, che consiste nella conoscenza del dritto legislativo, proviene dalla natura istessa d'un tal dritto. La legge comincia la sua esistenza colla promulgazione (forma, onde è pronunziato un principio giuridico) e colla pubblicazione (modi di farlo conoscere), ossia con un determinato atto in un determinato momento. La legge è valida ed applicabile dal tempo della pubblicazione, quando un periodo posteriore non è indicato dal legislatore (*vacatio legis* dopo la sua pubblicazione), o pure la validità di essa può essere riportata ad un tempo anteriore. Ciò è tacitamente inteso, quante volte una legge serve d'interpetrazione autentica ad un'altra: in tal caso è considerata come già contenuta nella precedente, e dovrà essere applicata in tutti quei particolari nei quali cade in acconcio l'applicazione della legge anteriore: sicchè quelli che sono compresi in questa dovranno essere decisi secondo l'altra.

Ma qualunque possa essere il momento, dal quale comincia la validità d'una legge, quello della pubblicazione, o uno antecedente o posteriore, la legge deve essere sempre applicata ai casi intervenuti posteriormente, e non a quelli precedenti. Per quanto semplice sembri una tale regola, altrettanto può alle volte riuscirne difficile l'applicazione per l'incertezza, se un determinato caso debba essere noverato fra i *facta futura o praeterita*, particolarmente quando il caso a decidere non fu compiuto in un sol momento, ma prende un intervallo di tempo, in cui cade il punto di esistenza

della legge. Una legge per esempio, che cambia il periodo di tempo, col cui decorso può perdersi o acquistarsi un dritto, in qual modo dovrà essere applicata ai fatti giuridici quando quello cominciò a decorrere, ma non è ancora compiuto? o pure modifica gli effetti d' un fatto, i quali non ancora s' erano sviluppati, o non siensi interamente manifestati? Sarà decisiva per queste quistioni la natura dei fatti, dei quali trattasi: ma nondimeno possiamo proporre due regole, che possono servire di criterio determinante, l'una, che un fatto non ancora compiuto non può esser detto un *factum praeteritum*, l'altra, che i dritti già acquistati, sebbene non sia ancora giunto il tempo del loro esercizio, non possono essere distrutti dall' applicazione d' una novella legge.

§. XIX.

Ci rimane ancora a trattare del modo di riconoscere il dritto scientifico. Sovente occorre al magistrato dover giudicare di rapporti, sui quali nè il dritto legislativo, nè il consuetudinario presentano una espressa decisione. In simiglianti casi, la scienza, come terza fonte del dritto, dee somministrargli le regole, secondo cui dovrà determinarsi. Queste non si fondano sopra un esterna autorità, valgono solo in quanto si possano logicamente dedurre dai principii del dritto esistente, ed hanno perciò una medesima autorità come quelle espressamente formolate in legge, o in dritto consuetudinario. Un tal dritto è dunque riconoscibile per ragioni al tutto subbiettive, e non è possibile assegnare regole particolari e compiute per la conoscenza di esso. Tutta la scienza del dritto può esserne considerata come l' introduzione: ogni giureconsulto, ogni magistrato ne à la capacità; e la letteratura giuridica può essere di grande soccorso. Una presunzione per la verità scientifica d' un principio risulta dall'accordo dei più dotti giureconsulti, e dalla ripetuta applicazione di essi nei Tribunali; ma nè la generalità d'una opinione, nè la pratica fanno per loro stesse autorità; ciascuna di esse, quante volte trattasi di dritto scientifico, dovranno cedere ad un più forte convincimento della verità. Anche il dritto consuetudinario ed il legislativo relativamente ai principii che sono capaci di essere giustificati astrattamente, debbono esserlo scientificamente: soltanto con un tal metodo col quale ci eleviamo alla coscienza delle intime ragioni delle leggi, possiamo essere sicuri d' una intelligenza vera del dritto consuetudinario e legislativo.

Mutabilità del diritto.

§. XX.

Come la vita storica d'un popolo si cambia nel tempo, così pure il dritto essendo un elemento di questa, non à nulla di stabile, ma si svolge armonicamente con essa; seguendo uniformemente allo spirito d' un popolo i differenti gradi di civiltà, e rispondendo ai suoi mutabili bisogni.

Questo cambiamento non è però tale, che esso cessi di essere quello che è. Come è sempre il medesimo popolo tanto al principio che alla fine del suo periodo storico; sebbene si manifesti in questa ed in quell' epoca diversamente; così pure si modifica il suo dritto, e nondimeno è sempre il dritto dello stesso popolo: giacchè non solo i principii contemporaneamente contenuti nel dritto d' un popolo, formano un organismo, ma il dritto conserva questa qualità organica anche nel suo sviluppo, formando pure un organismo il successivo rapporto dei suoi particolari. Tutto questo può essere espresso con una sola parola: il dritto ha una storia.

L' elemento più esterno di questa mutabilità del dritto consiste nel fatto, che le sue determinazioni dalla primitiva semplicità si svolgano in una maggiore moltiplicità. Ciò avviene coll' estendersi dei rapporti e dei bisogni della vita, ossia con una più ricca civiltà, che riagisce sul dritto, che deve regolarla. A ciò si aggiunge, che lo spirito individuale ed egoistico d'un popolo si apre successivamente al potere d' idee più generali, che trascendono la specialità del suo carattere, giacchè ogni civiltà consiste nell' accogliere un principio generale, che s' intreccia nel particolare d'un popolo, vincendone la naturale limitazione ed isolamento. Un tale fenomeno si appalesa anche nel dritto, la cui specialità primitiva e strettamente nazionale cede successivamente al potere di elementi più generali e modificanti la coscienza giuridica. Questo cambiamento prende diverse forme secondo i differenti popoli, e può essere ritardato o accelerato per speciali condizioni storiche. A ciò si rapporta nel dritto Romano la distinzione fra *jus civile e jus gentium*: è questa l' espressione dell' applicazione di quel dritto presso i popoli Germanici. L' elemento più intimo infine del cambiamento del dritto si ripone nel posto, che tiene un popolo come membro della intera umanità. O-

gni popolo ha la sua parte nel problema, che sarà risoluto colla successione di tutti i popoli. Ciò vale anche per il dritto, relativamente al quale un popolo vi adempierà secondo i differenti gradi di sviluppo, che percorrerà il dritto nella storia di esso.

Lo scopo, che il progresso del dritto segua con passo uguale lo sviluppo storico d'un popolo, non fallirà mai, quando sarà conservato un libero movimento all'attività delle tre fonti del dritto. Se un tale concorso è turbato, come avviene per esempio quando cercasi affievolire la forza del comune convincimento, o della scienza, e rimetterne tutto lo sviluppo al legislatore, sarà appena possibile evitare l'uno dei due mali, o il dritto per bizzarre innovazioni della legislazione perda ogni connessione colla vita storica d'un popolo, o che non risponda più ai bisogni del tempo: nel primo come nel secondo caso cesserà l'accordo del dritto cogli altri elementi della civiltà.

Il vero movimento del dritto nella storia dell'umanità sembrerà interrotto solamente a colui, che non si eleva all'intelligenza dell'intero. Quegli che non si sente membro d'una communità, ma contrapponendovisi come individuo, cerca far valere i suoi isolati interessi, lo crederà stazionario, sia che lo lodi per un tale ristagnamento, finchè venga l'istante in cui gli sia forza destarsi dal suo sogno, o ne muova querele, perchè non risponde ai suoi privati interessi.

§. XXI.

Noi abbiamo considerato il dritto in generale come obbietto di mutamento: questo però avviene relativamente ai principii particolari colla sostituzione di nuove regole alle antiche: e ciò in un doppio modo sia lasciandole coesistere, o annullando le anteriori interamente o in parte.

Ogni derogazione d'un antico principio importa origine d'un novello: una tale sostituzione perciò non può avvenire se non per mezzo d'una delle fonti del dritto. Alla verità di queste proposizioni potrebbesi opporre il dubbio originatosi dal fatto, che alcune volte una legge cade in disuso tacitamente (*desuetudine*), o pure viene annullata, senzachè alcuna altra fosse sostituita in suo luogo, sembrando in tal caso, che alla derogazione dell'antico principio non tenga dietro l'origine del novello. Ma nel fatto avviene appunto il contrario, giacchè l'ordinamento che l'antico non dovesse più valere, è già per se stesso un novello principio. Il contrario sarebbe pure inconcepibile: perchè sebbene, come osservammo, non ogni cambiamento importi derogazione dell'antico dritto, pure ogni derogazione è per se stessa un cambiamento.

Ogni fonte di dritto ha forza derogatrice non solo relativamente ai principii prodotti da se stessa, ma anche verso quelli, ch'emanano dalle altre. Nondimeno una fonte capace soltanto di produrre regole particolari non può derogare ad un'altra più generale e di dritto comune. Supponiamo per esempio, che vi esista per una nazione la regola giuridica, sia per dritto consuetudinario o legislativo, che un creditore non possa farsi validamente promettere dal suo debitore più del cinque per cento per interessi colla giunta, che non ammettasi alcuna speciale eccezione, e vorrebbesi nondimeno pruovare, che in una città siavi il dritto consuetudinario confermato pure da una lunga tradizione, che permette un interesse maggiore, non avrebbe questo alcuna forza, giacchè è impossibile l'esistenza d'un dritto particolare di tal natura, finchè sta il divieto di qualunque eccezione; sicchè quella legge non potrebbe essere derogata che con un'altra generale, e non per dritto consuetudinario particolare (1).

La derogazione d'un principio può avvenire espressamente, manifestandosi un tale proposito con una legge derogatrice, o tacitamente, colla introduzione d'una novella regola, che non può coesistere coll'antica. È il tempo, che in simiglianti casi decide fra le due leggi: l'antica è sostituita dalla novella: *jus posterius derogat priori;* nel dubbio si presume però sempre che sieno incompatibili fra loro. Quando per esempio vi è una regola particolare, e si muti tutto il dritto o relativamente a questo punto sènza il proposito di derogare alle specialità, quella circoscritta nella sua sfera potrà coesistere col novello dritto come una eccezione, come essa coesisteva coll'antico.

Possono occorrere due principii giuridici, e particolarmente nel dritto scritto, che si escludano scambievolmente, e fra i quali non può decidersi, a quale dei due debba riconoscersi la validità o la forza derogatrice: È questo il fatto della antinomia; in tal caso entrambi si derogano scambievolmente, nessuno dei principii contradicentisi à validità: la scienza supplisce a tal difetto, e da essa dovrà attingersi per intime ragioni, e con un metodo scientifico la regola che dovrà

(1) L. 2. c. *quae sit longa cons.* 1. 8. 53.

applicarsi. Occorrono per esempio nella parte della legislazione giustinianea, la quale è tratta dagli scritti di molti giureconsulti romani, opinioni contradicentisi, che sfuggirono all' attenzione degli autori di quella compilazione, e di cui non può dirsi quale debba prevalere. In tal caso deesi considerare l' una e l'altra regola come inesistente e la quistione come non decisa per dritto legislativo, e dovrà rispondersi colla scienza, la quale è la fonte sempre aperta, quante volte l' autorità del dritto consuetudinario e del legislativo è muta.

LIBRO II.

STORIA DEL DRITTO PRESSO IL POPOLO ROMANO.

PERIODO I.

Delle fonti della più antica storia romana.

§. XXII.

Gli antichi scrittori Greci e Romani, le cui opere sulla storia di Roma pervennero fino a noi, ce ne tramandano diffusamente gli avvenimenti fin dal tempo dell'origine della città. Raccontano che Roma fu fondata da Romolo, al quale è attribuita dal lato paterno una origine celeste, una miracolosa conservazione durante l'abbandono, in cui fu durante la sua infanzia, e contro le persecuzioni da parte dei parenti materni eccitati ad ostilità da un vaticinio, ed un valore foriero di futuri fatti guerrieri (1). Poichè questi ebbe governato molti anni come re, e costituite le prime istituzioni politiche, ed affermato il giovine stato colla prudenza e colla forza contro il mal volere dei vicini, accogliendo come cittadini i più prodi dei forestieri, e felicemente guerreggiando incusso timore ai suoi nemici, fu tolto alla terra, sostituito da Numa, che ispirato da esseri superiori ebbe a cuore la costituzione della religione. A questi tenner dietro cinque re con diversa attività, intesi alcuni a spandere la potenza Romana, ed altri a svolgere la costituzione interna, finchè coll'espulsione del settimo, spento il potere monarchico, il reggimento fu rimesso nelle mani di due consoli annualmente eletti. Su questi avvenimenti i racconti di Livio, Dionisio, Plutarco e di altri si diffondono talmente nei particolari, che il simigliante potrebbesi attendere soltanto per una storia fermamente creduta, e se non di rado occorrono delle varietà sui particolari nei differenti scrittori, e non passarono anche inosservate per questi stessi, si potrebbero a prima vista considerare per tali, che furono in tutti i tempi indivisibili dalla storia anche fondata sopra i documenti più certi.

I summentovati scrittori vissero però in un tempo lontano di molti secoli dagli avvenimenti, ch'essi raccontano. Le loro fonti immediate furono i più antichi scrittori, i quali andarono perduti per noi, e che anch'essi erano separati da quei tempi primitivi d'un intervallo alquanto lungo. Questi poterono giovarsi di documenti storicamente degni di fede e contemporanei all'origine dello stato. Tali forse furono in ispecie gli annali dei pontefici, raccolti dalle cronache di ciascun anno, e che era ufficio del pontefice massimo annualmente distendere (2).

Dionigi (I. 6) ci rappresenta i più antichi scrittori Greci sulla più rimota storia di Roma come inesatti, poveri e raccontatori favolosi e creduli, dei Romani dice (non dei più antichi, Fabio e L. Cincio che vissero a' tempi della guerra punica) dice, che avessero descritta l'epoca più recente diffusamente, molto brevemente la più antica; sicchè nè gli uni nè gli altri ci potrebbero essere testimoni degni di fede per racconti alquanto vasti. E quando in un altro luogo loda per gli ultimi l'uso delle tavole, sulle quali preservavasi la memoria di alcuni fatti nei tempii (I. 73 accenna con ciò senza dubbio agli annali dei pontefici) osserva però altrove (III. 36) almeno per l'epoca del quarto re, che a quel tempo invece delle tavole di bronzo usa-

(1) Veggasi Klausen, *Enea ed i Penati*: *le religioni dei popoli Italiani sotto l'influenza delle Greche*. II. 1839.

(2) Come cronache contemporanee questi annali contenevano particolarmente gli avvenimenti immediatamente relativi alle cose religiose (Catone in *Gellio* 11. 28. IV. 5. — Plinio, *hist. nat.* VIII. 82.). Nondimeno non può dubitarsi, ch'essi accennavano anche agli altri avvenimenti politici, sebbene non li raccontassero diffusamente.

vansi quelle di legno, che non giunsero fino ai tempi posteriori.

Più francamente si esprime Livio. Poichè egli nel primo libro ha descritta la storia dei re nei particolari dubbiosamente, ma in generale confidentemente e nei seguenti quattro libri gli avvenimenti dalla cacciata dei re fino alla invasione della città dai Galli, riprende il suo lavoro al principio del sesto libro colla osservazione, che soltanto da questo periodo riesce possibile una storia certa e sicura, e che il raccontato era molto dubbio stante la lontananza del tempo; aggiungendosi a ciò, che negli antichi tempi la scrittura era molto rara, e che tutto quanto custodivasi nei commentari dei pontefici e negli altri pubblici e privati monumenti era in massima parte perito nell'incendio gallico (1).

Queste dichiarazioni sulla povertà delle fonti, e sulla inessattezza di quelle, dalle quali sarebbe principalmente a trar profitto, stantechè mancarono almeno nella loro forma autentica, e ci pervennero soltanto come furono ristaurate, le querele sugli svariati cambiamenti prodotti all'antica storia dagli scrittori, che colmarono il vuoto delle loro conoscenze con delle favole, richiedono una critica molto severa nel confronto di quei diffusi racconti. Da una tale critica si fu ben alieno nei tempi passati, e si era di molto facile fede verso quella storia. Il prestigio, di cui si cinge un classico scrittore dell'antichità agli occhi dei dotti, vieta le indagini, alle quali non avrebbe potuto sottrarsi uno scrittore più moderno in eguali condizioni. Ma fin dal secolo decimo settimo destossi la critica sopra alcuni punti. Nel mezzo del decimo ottavo Beaufort elevò la sua voce contro la certezza della più antica storia romana (2): non gli si può negare molta capacità, ed in alcuni punti una sufficiente profondità, ma avendo una direzione puramente negativa, non produsse risultati durevoli. E perchè lo spirito umano non si accontenta del puro negativo, avrebbe potuto produrli solo quando si fosse pure pruovato a sostituire il vero in luogo di quello riconosciuto falso: ma l'autore non era da tanto per una tale positiva investigazione, che sola poteva indurre ad aggiustar fede alla negativa. L'italiano Vico (3) aveva certo una tendenza più positiva, ma il suo lavoro parte per la contrarietà dei tempi e dei concittadini, parte per la sua intima natura essendo un tessuto fantastico di storia, filosofia e pirronismo, fu sì povero di conseguenze, che sembra piuttosto un fenomeno letterario, che fu ignorato al momento in cui poteva aver forza ed importanza, e diviene obbietto di attenzione quando la sua ora è passata. Era riserbato a Niebuhr (4) spirito indipendente da questi primi tentativi, e più di qualunque altro forte per un tale lavoro, dare una forma novella alla più antica storia romana. Sarà dato ad altri e forse ai posteri estimare degnamente l'alta importanza delle sue investigazioni nello studio dell'antichità: noi dobbiamo con grato animo riconoscere, che da lui furono poste novelle e feconde basi alla più antica storia romana.

Si è voluto contradire alla qualità mitologica dei primi re colla osservazione, che l'origine di Roma non si nasconda nella più remota antichità della storia, e ch'essa cada in un tempo, nel quale particolarmente i Greci avevano raggiunto un importante grado di civiltà. Di questa opinione fu anche Cicerone, il quale considera l'elevamento di Romolo dalla terra fra gli Dei come un testimonio decisivo della sua virtù (5). Una tale obbiezione si appoggia sopra un errore. La storia primitiva di qualunque popolo, quale che sia il tempo della sua origine, è qualche cosa di favoloso e d'indeterminato, come il principio di ogni vita si sottrae all'occhio materiale. Nè i popoli contemporanei che sono già civili fanno attenzione a quello che sorge, prima che abbia acquistata una certa importanza per i presenti. Quanto incerta non è la più antica storia del popolo tedesco, sebbene cada in un tempo, nel quale la storia degli altri popoli era già perfettamente accertata, e pruovata con documenti! Così vieta la natura un anticipato sentimento o percezione di quello che dovrà avvenire, perchè lo sviluppo non potesse esserne disturbato o distrutto.

(1) Anche Plutarco dice *in Numa (cap. 1.)* che Clodio avesse pruovato che gli stemmi di famiglia, che risalivano fino ai primordii della città erano rimasti distrutti nella invasione gallica, e che gli esistenti erano creazione degli adulatori.

(2) L. de Beaufort, *Diss. sur l'incertitude des cinq prémiers siécles de l'histoire romaine.*

(3) Giamb. Vico, *Cinque libri dei principii d'una scienza nuova d'intorno alla commune natura delle nazioni.*

(4) Niebuhr, *Storia Romana*: Sul suo rapporto con Beaufort e Vico leggasi: Savigny, *Ragionamenti storici di dritto*, MEMORIE SULLA VITA E SULLA IMPORTANZA DI NIEBUHR. Trad. Ital. part. II. p. 95.

(5) Cicerone, *de repub.* II. 10.

§. XXII.

Le basi della storia posteriore ai tempi primitivi sono gli annali dei pontefici, non quelli scritti contemporaneamente, giacchè questi soggiacquero all' incendio dei Galli, ma quelli che i pontefici restaurarono dopo un tale avvenimento (1). Ma qual metodo tennero i Pontefici in questo lavoro di restaurazione? Fa d' uopo distinguere gli avvenimenti e la cronologia.

§. XXIII.

Gli avvenimenti ed in particolare quelli immediatamente passati perduravano ancora in parte nella memoria dell' intero popolo; ed anche dei più lontani non pochi erano conservati con canzoni ripetute ai banchetti, e volontariamente o involontariamente confusi colla poesia. Molti monumenti particolari avevano scampata la rovina generale: molte antiche istituzioni e leggi stavano nel loro pieno vigore, ed erano altrettanti testimoni d' un tempo, nel quale eransi originate. È da fare però particolare attenzione ad una fonte, alla quale attinsero i restauratori; essa riguarda quei punti, in cui gli annali restaurati probabilmente si accordavano coi periti; ma sono nel medesimo tempo quelli, nei quali nè questi nè quelli possono essere considerati come pruove degli avvenimenti storici. La religione aveva in Roma un carattere decisivamente politico; era l' ancella dello stato, e perciò le dottrine religiose erano tradotte per Roma in altrettanti avvenimenti storici. L'origine della città, i suoi primi destini, la personalità dei due primi re e la loro attività erano dei domnni religiosi. Vi ha una spiegazione della mitologia, che dal nome del suo autore fu denominata *euemerismo*, secondo la quale la dottrina religiosa è una storia velata, gli Dei altrettanti uomini superiori, cui la gratitudine o il pregiudizio considerò posteriormente ed onorò come Dei. L'antica religione romana fu un vero *euemerismo*, sebbene in un senso contrario, giacchè essi non fecero dei loro re altrettanti Dei, ma di questi i loro re. I Romani tradussero in istoria gli obbietti della loro coscienza religiosa, particolarmente in quello, che si attuava sotto gli occhi della presente generazione, o pure in un passato, che si connetteva indistintamente col presente, mentre presso gli altri popoli la religione si appalesa invero anche come storia, ma come quella d' una generazione antecedente, e d' un passato determinatamente differente dal presente. Sicchè la storia della origine di Roma è una figurata mitologia, e come secondo l' euemerismo *Kronos* sarebbe un re cacciato da suo figlio, ed Apollo un altro espulso dal suo popolo, così Numitore e Romolo sono Dei trasformati in re; da ciò il dominio della religione per mezzo della politica, alla quale serve; ed è questa una specialità dello stato e della religione romana, e non una corruzione dei tempi posteriori (2).

§. XXIV.

La cronologia è chiarita dalla natura stessa degli annali. I pontefici contavano 120 anni dalla espulsione dei re fino alla invasione gallica; tante volte erasi mutato il supremo magistrato della repubblica. Per il tempo del governo monarchico essi ricordavano un numero di anni doppio, ossia 240, e così fissavano l' invasione gallica a 360 anni dopo la fondazione della città. Essi spartivano quei 340 anni fra i sette re, sicchè il momento medio di questo tempo cadeva nel mezzo del governo del quarto re. Questa è una pruova decisiva del predominio della favola. Ai due primi re davano il numero mistico 77, attribuendo 37 anni di governo a Romolo, e dopo un anno d' interregno gli lasciano succedere Numa nel punto medio fra la precedente età e la lunghezza del seguente governo. All' anno 78 cadeva secondo il loro calcolo la festa secolare di Roma, sicchè coi due primi re mitologici si chiudeva il primo secolo, a compiere il quale pienamente sino all' anno 110 mancavano altri 33, e certo per una ragione riposta nei loro misteri. Davano 32 anni di governo a Tullo Ostilio, 23 ad Anco Marzio, 38 a Tarquinio Prisco, 44 a Servio Tullio: i 25 anni di governo di Tarquinio il superbo

(1) Può considerarsi questa restaurazione degli annali dopo la conquista della città dai Galli come il primo lavoro sulla storia romana (Cicer. *de legib.* 1. 2.) al quale fu dato opera non certo per interesse storico, ma pratico religioso.

(2) Non può ammettersi con Klenze (*Elementi della storia del dritto romano;* prefazione) che la primitiva costituzione romana sia stata una teocrazia sull' analogia della orientale. La stessa tradizione esprime il rapporto della politica colla religione nella coscienza dei più antichi Romani, giacchè fanno precedere il primo re al legislatore religioso.

chiudevano il numero di 240. Secondo il calcolo comunemente seguito nei tempi posteriori, l'invasione gallica avvenne nell'anno 364 della città; la espulsione dei re a 244, ed i primi consoli furono scelti l'anno 245. Una tale deviazione dal primo calcolo si chiarisce nel seguente modo. Fu avvertito, che i 120 anni di magistratura dalla cacciata dei re a cagione degl'interregni, importavano 124 anni astronomici. Un tale calcolo era somministrato dal numero dei chiodi, che annualmente negl'Idi di settembre erano fissati dal supremo magistrato nel tempio di Giove Capitolino. Un tale costume cominciò nel primo anno dopo la espulsione dei re. I quattro anni mancanti furono aggiunti alla fine del secolo mitologico durante il governo di Numa, i cui anni crebbero in tal modo a 43 (1).

Donde scorgesi, che le fonti principali, dalle quali attinsero gli antichi scrittori storici non contenevano alcuna storia autentica: molti miti, molte favole, molto di fantastico. Queste creazioni fantastiche crebbero moltissimo, quando i letterati Greci cominciarono a dare opera alla storia romana, estendendone la sterile materia, ed abbellendola a loro criterio: nè l'esempio di essi fu perduto per gli scrittori romani. La difficoltà consiste nell'intravedere a traverso i materiali eterogenei il germe storico. Un tal lavoro suppone che si possegga perfettamente tutta la materia, che se ne abbiano presenti tutti i particolari in ciascun momento della investigazione, ed anche una conoscenza compiuta di tutti i punti della storia posteriore e certa, che si connette alla precedente, facendovi riflettere la sua luce. Niebuhr, che possedeva queste conoscenze in un modo non ordinario ha rimosse una gran parte di quelle difficoltà: coloro, che gli tengono dietro, troveranno ancora molta messe a raccogliere. Nondimeno molti particolari potranno essere chiariti seguendo la direzione da lui data anche da quelli, che non pretendono avere il medesimo vasto concepimento del suo pensiero.

§. XXV.

Maggiore è la possibilità d'intravedere la verità storica delle cose giuridiche a traverso la nebbia che le involge, per le quali stante la natura organica del dritto è più facile conchiudere dai singoli punti certi a quelli smarriti, e dalla forma posteriore all'anteriore, ed in tal modo ottenere, se non una certezza incontestabile, almeno una bastante probabilità. Nondimeno con quanta circospezione debbonsi a questo obbietto mettere a profitto gli antichi scrittori, si scorgerà da quello che diremo relativamente ad una fonte, dalla quale essi senza dubitarsene attingono nella esposizione dei principii giuridici dei tempi più remoti.

Le leggi del periodo monarchico furono raccolte posteriormente sotto la denominazione: *leges regiae* (2). Gli antichi scrittori accennano a queste *leges regiae* riportandone sovente il contenuto, alle volte letteralmente nell'antico idioma. Quasi tutte sono attribuite a Romolo ed a Numa, ed una di esse sulla punizione dei fanciulli protervi a Servio Tullio (3). A queste si aggiungono notizie più generali, come per esempio Dionigi in un luogo racconta, che Servio Tullio fece novellamente incidere le leggi di Romolo e di Numa aggiungendovi le proprie, altrove accenna a cinquanta leggi, pubblicate da questo re sui contratti e sui delitti: aggiunge, che sia ozioso investigare più oltre, ma in un altro luogo fa conoscere che Tarquinio il superbo avesse non solamente annullate queste leggi, ma distrutte anche le tavole, sulle quali erano segnate (4).

Queste notizie non furono scoverte da quegli scrittori, dai quali ci provengono; ciò è vero almeno per il maggior numero di questi: essi attinsero le loro citazioni immediatamente o mediatamente da una collezione di leggi monarchiche, che correva per il loro tempo, e nella quale quelle di Numa tenevano il posto più importante (5). Che queste leggi avessero conservata nei tempi posteriori la forma che si ebbero nel preteso tempo della loro origine, o quella presa nella redazione attribuita ad Anco Marzio (6) è inconcepibile, e l'istesso Dionigi afferma il contrario. Nell'anno della città 573 nello scavo d'un tempio furono scoverte due arche di pietra, in una delle quali contenevasi, secondo che appariva dalla iscrizione, il cadavere di Numa, nell'altra i suoi libri. Scoperchiandole tro-

(1) Niebuhr, *Della fondazione della città di Roma*: *Stor. rom.* v. 1. p. 247 e seg.

(2) Sono quelle leggi assentite sulla proposizione di un re nell'adunanza popolare, come erano delle *leges tribuniciae* quelle presentate dai tribuni al popolo.

(3) Dirksen, *Critica dei precedenti tentativi per l'esame della restaurazione del testo dei frammenti delle leggi dei re romani.*

(4) Dion. IV. 10. — IV. 13. 36. — IV. 43.

(5) Cicerone (*de rep.* II. 14. V. 2.) fa dire a Scipione sulle leggi di Numa: *quas in monumentis habemus — quas scitis exstare.*

(6) Dion. III. 36.

vossi vuota la prima, e nell'altra sette libri latini *de iure pontificio*, e sette greci di filosofia. I libri furono letti da molti, ed anche dal pretore Q. Petillio, che trovandone il contenuto pericoloso per la religione, (*pleraque dissolvendarum religionum esse*) fu causa, che fossero arsi (1). Plinio considera questo un argomento decisivo contro l'opinione di Varrone, che il papiro fosse stato usato la prima volta sotto Alesandro il Grande, affermando che quei libri di Numa erano scritti sopra papiri, e non si mostra alieno dall'accusare il pretore d'una grande barbarie (2). Da Livio, che vi accenna per una stranezza che gli è frequente soltanto con poche parole (3) ci è fatto conoscere, che la scoverta non fu che un artifizio di coloro che con esso volevano aver ingerenza nelle cose dello stato e del popolo: è probabile, che tutto ciò connettevasi colla congiura baccanale scoperta pochi anni innanzi. Questo fu ben compreso dal pretore Petillio, e non fu certo indifferenza verso l'antichità (4), nè avversione contro la filosofia, come lo dà ad intendere il dotto Plinio, che lo persuase ad un tal fatto. Da questa storia può in tutti i modi dedursi, che a quel tempo non avevansi libri di dritto certi, e direttamente provenienti da Numa, giacchè era opinione dei creduli, che fossero stati allora per la prima volta scoverti.

In verità si fa ora menzione d'una collezione di leggi dei re, dalle quali sono tratte le citazioni degli antichi. Pomponio la ricorda sotto il nome: *ius civile papirianum*, redatta da un Papirio vivente al tempo dell'ultimo re, e che in tal modo ne ordinava le leggi (5). Anche Dionigi afferma, che il pontefice Papirio dopo l'espulsione dei re mise novellamente in pratica le leggi di Numa (6). Alla fine della libera repubblica G. Flacco scrisse un'opera *de iure papiriano* (7). Qual fede deesi aggiustare a questa collezione in quanto riguarda le leggi e gli ordinamenti dei re, che vi si contengono, e che gli autori trassero da essa?

È quì avanti tutto da ricordare, che da quelle notizie si può dedurre soltanto; che quel Papirio aveva realmente o suppostamente fatta una tale collezione, e che possedevasene una simigliante nei tempi posteriori sotto il nome di quel Papirio ed indicata colle parole *ius* o *ius civile*, comunemente usata nel quinto e nel sesto secolo per tutti i libri di dritto: e che Pomponio e molti altri ritennero senza dubitarne l'identità del libro, dal quale fu tratto particolarmente profitto nel lavoro di G. Flacco, con quello che la tradizione attribuisce a Papirio: ma ciò non è in alcun modo pruovato. Anche quando noi volessimo far risalire la collezione, della quale usano gli autori, sino ai primi anni dopo la cacciata dei re, non potrebbesi ritenere come un fatto storico, che ne sieno stati principalmente autori Romolo e Numa. Il *ius papiriarum* rimane sempre come semplice espressione di quei principii giuridici, ai quali nei tempi posteriori i pontefici davano fondamento e forma religiosa, ed a cui cercavano dare maggiore garantigia e stabilità associandoli colle persone sacre di quei re mitologici. La soluzione della quistione, se il *ius papirianum* avesse avuto realmente quel Papirio a suo autore, del che come di molti altri punti accessori fu tanto quistionato (8), è molto poco rilevante per l'autenticità delle leggi di Romolo e Numa, ottenendosene solamente che un mito si cambii in certezza storica.

§. XXVI.

Nel sesto secolo fu per lungo tempo predominante l'opinione, che le leggi di Romolo fossero state nella loro forma primitiva incise sopra una tavola di bronzo che fu denominata *tabula Marliani* da colui, che pretendesi averla scoverta. Ciò provenne da una falsa interpetrazione di un brano in *Marliani topographia antiquae Romae* (1534 v.9); dove l'autore colle parole: *erant et leges a Romulo institutae, quarum argumentum tale est*: *ne quid in augurato faciundo* ec. vuol dare un confronto di tali leggi, secondo le notizie date dagli antichi scrittori, ripor-

(1) Liv. XL. 29. Plin. *hist. nat.* XIII. 27.

(2) Colla medesima sconsiderata credulità accenna Plinio ad una lettera del troiano Sarpedonte scritta sopra papiro, e rinvenuta in Licia.

(3) *Libros non integros modo, sed recentissima specie—graeci de disciplina sapientiae, quae illius aetatis esse potuit.*

(4) *Mox pluribus legentibus quum vulgarentur, Q. Petillius Praetor Urbanus, STUDIOSUS LEGENDI, eos libros a L. Petillio sumsit.*

(5) Pompon. *L.* 2. §. 2. *D. de orig. jur.* Nel §. 36 lo riporta perciò come il primo autore di dritto.

(6) Dion. III. 36.

(7) Citata nella *L.* 144. *D. d. verb. signif.* (50. 16.), e probabilmente anche posteriormente: *in papiriano jure relatum est* ecc.

(8) Pochi punti particolari della storia del dritto occuparono tanto gli scrittori del secolo precedente, quanto questo. Veg. Zimmern, *Storia del dritto privato romano* I. §. 27.

tando egli molte cose che in nessuno di essi occorre come legge di Romolo. Questo primo e mal fondato tentativo di una così detta ristorazione delle leggi monarchiche o come pretendesi del *ius papirianum* fu al tutto senza ragione considerato come pruova di un antico monumento, ed anche poichè fu chiarito l'errore, ebbe gran potere sui confronti posteriori, che furono tentati in gran numero (1).

Origine del popolo romano.

§. XXVII.

La tradizione dei Romani riconosceva ai quattro primi re il merito della fondazione e della costituzione dello stato. La storia di Romolo e di Numa è una tradizione religiosa, colla quale si attribuisce al primo l'ordinamento politico, al secondo l'istituzione religiosa. I due re che seguono, il guerriero Tullio ed Anco, al quale è attribuita una raccolta delle leggi di Numa, dandosi al primo una origine comune con Romolo al secondo con Numa (2), sono sotto molti rapporti soltanto una profana ripetizione dei due primi.

Il popolo romano si appalesa in tutte le tradizioni come un popolo accogliticcio. Sotto Romolo era già diviso in tre parti (*tribus*) *Ramnes*, *Tities*, *Luceres*, che avevano indubitatamente una differente origine nazionale. Il popolo di Romolo si congiunge col Sabini, il cui re Tazio addiviene socio del primo: questa congiunzione è figurata nella favola del ratto delle donne sabine sotto l'imagine d'un matrimonio, col quale si sarebbe ingrandita la Roma posteriore. Oltreacciò a ciascuno di quei quattro primi re risponde una parte del popolo. Romolo fonda la città sul monte palatino, il sabino Numa vi aggiunge i colli capitolino e quirinale, stanza della razza sabina, che si era incorporata nel popolo romano, Tullio il *mons caelius*, e come pretendesi, cogli abitanti della distrutta Alba (3), Anco popolò il monte aventino, sede principale dei plebei, cogli abitanti delle soggiogate città latine.

Possiamo ritenere, che la storia romana comincia colla fondazione d'una città sul monte palatino, *Roma*. I suoi abitanti avevano comunanza di origine coi Latini, di discendenza pelasgica. Questi Romani, posteriormente *Ramnes*, avevano probabilmente soggiogata un'altra popolazione, che prima di essi vi stanziava, i posteriori *Luceres*, abitanti del *caelius mons*, e delle valli circostanti. Di rincontro a Roma sul monte capitolino e quirinale stanziava una colonia sabina, i cui abitanti erano detti *Quirites*, posteriormente *Tities* (4). In seguito d'una guerra fra i Romani ed i Quiriti gli abitanti delle due città si amalgamarono in un sol popolo denominato: *populus Romanus quirites* dalle due popolazioni dominanti, alle quali fu sottoposta quella terza in condizione positivamente invero riconosciuta, sebbene non perfettamente uguale (5). Coll'elemento latino romano si spiega l'attenenza colla nazionalità Greca, avendo noi riconosciuta la specialità del popolo romano particolarmente nell'elemento sabino. All'elemento romano è attribuita l'attività esterna, al sabino l'ordine interno, come ci vien pruovato dalla collocazione posteriore della parola *Quirites*. Può dirsi, che anche un tale rapporto è figurato da quell'antica favola, in cui l'elemento sabino si manifesta come femminile. Soltanto in seguito si aggiunge un elemento etrusco, al quale si riferiscono le istituzioni politiche posteriori (6).

(1) Dirksen, l. c. cap. 2.

(2) Liv. I. 32. Varr. *fragm.* ed. bip. p. 335. *Anci praenomen Varro a Sabinis translatum putat.*

(3) Secondo altre tradizioni gli abitanti sarebbero di origine etrusca, concittadini di Bibenna capitano etrusco, che venuto in soccorso di Romolo nella guerra contro i Sabini, avesse poi occupato colla sua gente la collina che denominossi da lui. Varron. *L. L. V.* 46. Dionigi, II. 36. Paul. Diac. *ex Festo* v. *caelius.*

(4) Ambrosch, *Studii e cenni sul territorio e sul culto dell'antica Roma*, cap. 5. p. 137-159: *sul rapporto della Roma regia colla Palatina*, cap. 6. p. 159-196: *sulle divinità e sul sacerdozio dei Quiriti*, cap. 7. p. 196-231: *sul rapporto del culto capitolino con quello dell'antica Roma.*

(5) Livio, I. 13: *Civitatem unam ex duabus faciunt, regnum consociant, imperium omne conferunt Roman. Ita geminata urbe, ut Sabinis tamen aliquid daretur, Quirites a Curibus appellati.* Ovid. *fast.* II. 480: *Romanis junxerat ille Cures.* Nel fondo Livio dice quello stesso, che fu osservato nel testo.

(6) Uno dei più recenti scrittori sullo stato Romano, Gottling, (*Storia della costituzione politica romana dalla fondazione della città fino alla morte di Cesare* 1840) tenta una collezione delle notizie sulla specialità dei popoli sabini, latini, ed etruschi nei costumi nella costituzione e nel dritto. Sebbene in generale povere, ed in parte anche dubbie, non sono però senza importanza per la conoscenza della più antica costituzione, come con successo molte di esse furono messe a profitto. Ma quando si volesse misurare la

Il più antico dritto (1).

§. XXVIII.

Il territorio, sul quale si estende lo stato, e tutto quanto vi si comprende, è riguardato come sua proprietà nella direzione esterna di questo, sebbene ciò non escluda, che non possa formare internamente l' assoluta proprietà dei suoi cittadini, i quali essi pure esternamente hanno il solo carattere di semplici membri dello stato, e rimane occulta la loro qualità di persone private, che si sviluppa soltanto nei rapporti interni. E siccome la direzione verso il di fuori fu nei primi tempi la sola predominante del popolo romano, così anche il suo primitivo dritto fu informato dal medesimo spirito. Il dritto pubblico fu predominante sul privato. Le persone erano riguardate soltanto come membri del *populus*, i beni come *res populi* o *publicae*.

Il popolo è distinto in tre tribù, ciascuna con un territorio speciale. Ogni tribù si divide in dieci curie, ed anche a queste trenta curie rispondono altrettante divisioni territoriali. Ogni curia infine contiene dieci decurie, e queste non sono altra cosa che le *gentes* (2). In tal modo prende forma giuridica il fatto naturale, che lo stato ha il suo fondamento nella famiglia, e che le famiglie sono corporazioni politiche, la cui communanza costituisce lo stato. La famiglia come corporazione politica, ossia come *gens*, trascende i limiti della famiglia naturale: perciò il parentado naturale dei gentili, sebbene ne fosse stato il fondamento primitivo, non è una condizione giuridica, sicchè per conservare lo statuito numero di trecento *gentes* si potette fin dalle prime o dividere i parentadi naturali o da molte formare una sola *gens*. Ciascuna di queste comprendeva anche nei primi tempi molte famiglie, dalle quali successivamente poteronsi formare delle altre. Noi le possiamo considerare come le famiglie naturali in opposizione delle politiche, che erano le *gentes*. Su questo fondamento della costituzione si appoggiá la nazionalità del popolo. Per appartenere a questo era necessario essere noverato in una tribù, per questa in una curia, per la curia in una *gens*, ossia esser membro di una delle famiglie, che la formavano, esprimendo tutto ciò colla giunta del nome della *gens* a quello della famiglia. La posizione politica delle tribù, delle curie e delle *gentes* à pure qualche cosa di religioso, essendo tutte come l' intero popolo consacrate dalle *sacra*. È indubitato, che anche le *sacra pro gentibus* facevano parte delle *publica sacra*.

La costituzione di quello che contenevasi nella *gens* fu l' opera dell' elemento sabino, del *ius quiritium*. La famiglia politica è indicata colla parola romana, *gens*; il nome della famiglia privata *familia*, può essere attribuito all' elemento sabino della lingua. Festo lo fa derivare dagli Osci, Varrone, sebbene riconosca una differenza fra le due lingue, ne ammette però la simiglianza (3). Il *ius quiritium* dà alla famiglia la forma giuridica, facendone capo il padre di famiglia, *pater familia*, al cui potere sottostavano tutti gli altri membri di essa (4). Ma quelli, che stavano sotto il medesimo capo, non divenivano estranei fra loro, quando questi moriva; sono essi ancora *agnati*, che portano un medesimo

natura di ciascun elemento dell'antica Roma assolutamente e puramente sui costumi ed istituzioni, che ci sono fatte conoscere in un tempo remoto dal popolo, al quale si appartengono, s' incorrerebbe in uno dei più grandi errori, che sia possibile in fatto di storia, ossia non avere in considerazione il tempo, il luogo ed il potere dei contrarii elementi l' uno sull' altro.

(1) I più recenti scritti sul più antico dritto sebbene con diverse tendenze sono i seguenti. Pfund, *Antichità Italiane di dritto nella favola romana* 1847. Nägele, *Studii sull' antica vita giuridica italiana e romana, come proemio per la storia romana politica e del dritto* 1849. Rein, *Nel giornale per la scienza della filologia* 1851. ur. 43-44. Bachosen, *Elementi della storia politica Romana* 1851. I. 2. p. 211. Jhering, *Spirito del dritto Romano nei differenti gradi del suo svolgimento* p. 1. 1852. La immensa varietà delle opinioni sostenute in questi scritti pruova quanto vacillante sia il terreno, sul quale i loro autori si mossero.

(2) Niebuhr, *Stor. Rom.* I. p. 317 e seg. Questa scoverta di Niebuhr è una delle più feconde per una esatta intelligenza dell' antica costituzione.

(3) Paol. Diac. *ex Festo: Famuli origo ab Oscis dependet, apud quos servus famel nominabatur, unde et familia vocata.* Varrone, *de L. L.* VII. 28. . . . *cascum significat vetus: ejus origo Sabina, quae usque radices in Oscam linguam egit.* Così pure Festo dice Osca la parola *multa*, v. *multam:* Varrone (*Gell.* XI. 1.) Sabina.

(4) La parola *familias* vi è aggiunta, in quantochè egli è capo della famiglia anche per gli estranei: così pure la moglie è detta *mater familias*, partecipando esternamente di molta considerazione, ed il figlio era detto *filius familias*, quando contraeva rapporti giuridici cogli estranei.

nome di famiglia. Con ciò la *familia* prende una ulteriore espressione, quella cioè di essere l'insieme degli agnati, che indipendenti l'uno verso l'altro sono però fra loro congiunti non coll'autorità presente del capo, ma colla passata di colui col quale erano connessi immediatamente o per mezzo dei loro antenati.

La famiglia non è un'associazione politica; ciò non ostante a causa delle sua connessione colla *gens* non è sottratta al dominio del *ius populi* : la conservazione delle *gentes* si appoggia sull'esistenza delle famiglia, la formazione dei matrimonii è sotto l'immediata vigilanza sacerdotale, è un atto pubblico, è *la conferreatio*, per mezzo della quale soltanto era possibile nei più antichi tempi contrarre matrimonio ai cittadini romani. Nel sesto secolo fu concesso ad una donna per ricompensa e con un senatoconsulto il dritto della *gentis enuptio* (1); questa donna era una libertina: è possibile che nei primi tempi il divieto della *gentis enuptio* valesse per tutte le donne, e che il senatoconsulto avesse fatta una eccezione per un caso speciale, e che tardi fu introdotto il *connubium* fra le *gentes*. La politica necessità di conservare nel loro pieno numero le famiglie e con queste le *gentes*, dettò l'artifizioso concetto di aumentarle per via di adozione. Ciò avveniva sotto la vigilanza dei pontefici con un atto di arrogazione davanti all'assemblea popolare.

§. XXIX.

Era antico dritto romano, che le terre conquistate ed il bottino divenivano proprietà dello stato, per il cui mezzo soltanto si trasmettevano ai cittadini. Questo dritto fu certo applicato anche al primo possesso del popolo romano, ossia alla terra ed ai beni, ch'esso appropriossi nel fissare la sua sede. Posteriormente quelli che erano beni primitivi dello stato divennero libera proprietà degl'individui, ma sempre conformemente al più antico spirito del popolo romano che lo stato ne fosse il proprietario, lasciando ai cittadini il solo esercizio della proprietà pubblica, sicchè questi anche nel loro rapporto coi beni esterni apparivano soltanto come membri del popolo.

Tutto ciò si concepisce facilmente per i beni immobili. Qualunque suolo o territorio si apparteneva allo stato, era *ager publicus* o *populi*, e poteva esser dato all'individuo in semplice godimento e possesso. Secondo le primitive opinioni giuridiche l'individuo era più strettamente congiunto collo stato, il suo carattere pubblico assorbiva la persona privata. Si sarebbe contraddetto ad un tal principio, se il cittadino avesse potuto segregare, e rendere proprietà privata un tratto di territorio o di suolo, sul quale era costituito lo stato (2). Quello che un cittadino possedeva di terreno era un *ager publicus*, di cui gli si rilasciava in godimento la semplice *possessio*, acquistata per *concessio* da parte dello stato, e per mezzo della *occupatio* dalla sua, quasi fosse la ripetizione d'una parziale conquista (3).

Se dimandasi quale fu la forza del *ius quiritium*, questa per l'immediata connessione del territorio collo stato non fu potente abbastanza contro l'impero del dritto politico da cambiare un tale possesso in proprietà; ma dette a questo una garantia religiosa (4): a ciò si rapporta la divisione in *pagis* e *montes*, la quale è attribuita a Numa (5), e l'introduzione della *sacra pro montibus et pagis*. In tal modo acquistava il possesso una stabilità, che lo francava da qualunque restituzione, purchè non fosse il popolo stesso, che lo reclamasse. Solo quando nello stato furono incorporati degli abitanti che non erano membri del popolo, potette il *ius quiritium* creare una proprietà territoriale privata.

Per le cose mobili potrebbe sembrare al tutto contro natura considerarle come proprietà perpetua dello stato, sicchè potrebb'essere alcuno inclinato ad ammettere per queste una proprietà privata secondo il sistema del *populus romanus*. Per contrario potrebbesi ricordare, che niuno trova stra-

(1) Livio XXXIV. 19.

(2) Hüschke (*Costituzione di Servio* p. 77) considera come un errore principale quello di Niebuhr « che i patrizii non avessero avuto alcun *ager privatus* ». A me sembra relativamente a questo antico tempo una verità fondamentale.

(3) Festus: *possessiones appellantur agri late patentes, publici, privatique, quia non mancipatione, sed usu tenebantur, et ut quisque occupaverat possidebat*. Le parole *publici privatique* non accennano come comunemente s'intende, a due differenti qualità di terreni, ma una tale espressione indica (come *privatus vectigalis comprivatus* e simiglianti) un rapporto misto originatosi da un possesso immemorabile (*vetustas*) dei latifondi. Rudorf. p. 314. n. 220.

(4) Festus: *Sabini dicti, ut ait Varro — quod ea gens praecipue colat deos*.

(5) Dionigi, II. 76. Posteriormente secondo il medesimo autore (IV. 15.) sarebbe passata nella costituzione Serviana.

no, che si consideri come proprietà dello stato il materiale di guerra, di cui usa l'individuo, e che questi è forse obbligato a mantenere sempre in ottimo stato. Ad una popolazione animata dallo spirito militare, come lo erano i *Ramnes*, tutte le cose mobili dovevano sia immediatamente o mediatamente rappresentarsi sotto una tale considerazione; come è facile immaginarsi che in una compagnia associata per la guerra e per la rapina, mentre è predominante questo carattere, ogni cosa sarebbe risguardata in rapporto dello scopo comune, e quindi come bene della comunità; così pure presso i più antichi Romani anche il denaro, misura generale di tutti i beni esterni, e che era usato principalmente per l'armamento, consisteva in un metallo, che in qualunque siasi forma e secondo il peso valeva come tale (1). Che sulle prime si pesassero dei pezzi o delle verghe di metallo, *libra aeris*, fu questo un fatto generato dal principio *quiritium*, e che i Romani perciò attribuirono a Numa. Non prima di Servio Tullio è introdotta la moneta coniata, nella quale forma non si tiene più conto della natura della materia, che serve come denaro. Secondo la coscienza giuridica dei *Ramnes* (ci piace così denominarla in opposizione di quella dei *quiritium*) la proprietà dello stato sarebbe esistita sulle cose mobili, ed anche durata contemporaneamente al godimento ed al possesso dei particolari: ma è nella natura delle cose, che quando col prendere una ferma stanza accompagnossi all' esercizio delle armi quello pacifico dell'agricoltura, relativamente ad una serie di cose dileguossi dalla coscienza della popolazione quel rapporto guerriero, che noi abbiamo indicato come un elemento del suo spirito (2).

In tal modo potette formarsi per le cose mobili una opinione giuridica secondo il *ius quiritium*, ed una indipendente proprietà privata. Anche il concetto che questa proprietà si trasmettesse dallo stato agl' individui, che sarebbe al tutto conciliabile, rimase limitato ad alcune determinate cose, che erano particolarmente obbietto di bottino, ed ordinariamente passavano per vendita ai particolari. Questa rese necessaria una forma particolare di alienazione di queste cose, la *mancipatio*, nella quale un determinato numero di testimoni rappresentava l'autorità del popolo, col cui intervento seguiva la vendita, anche quando simili cose trasferivansi da un individuo ad un altro. Ma per il bottino avveniva quello che segue. Il maggior numero delle guerre coi popoli vicini, le quali occupavano annualmente e ripetutamente i Romani, più che guerre erano piuttosto difese e rapine: precipitavano sul suolo nemico, e vi facean del bottino traendo con loro uomini ed animali: spesso ciò avveniva senza combattimento, quando il nemico non vi si trovava parato: quando lo era, la spedizione terminava il più delle volte con una sola battaglia, ed in tutto erano corse appena poche settimane. In tal modo la guerra era un importante mezzo di acquistare. Oltre il metallo formavano parte principale del bottino gli uomini, che ne addivenivano schiavi, e quindi, i cavalli, buoi, asini ed animali da tiro e da carico: il più delle volte riusciva troppo penoso trarsi dietro bestiame più minuto. Il bottino non si apparteneva all' individuo che lo faceva, altrimenti non sarebbe stato possibile alcun ordine e disciplina militare (3): ma era posto in comune e spartito fra i soldati, o dato all'erario, quando il capitano non ordinava espressamente una eccezione. Di esso bottino il metallo era deposto nel tesoro pubblico, i rimanenti oggetti, come gli uomini ed i cavalli da carico e da tiro erano convertiti in denaro per mezzo della vendita. Questa se-

(1) *Aes* è l'espressione pubblica del denaro, come *pecunia* della privata e quindi plebea. In quella prendevasi a base del valore la cosa principalmente usata per l'armamento, in questa l'animale intimamente connesso coll'agricoltura. Sulle monete romane sono da leggersi tutte le investigazioni di Mommsen.

(2) Secondo l' opinione di Göttling (p. 11.) che la razza sabina o sannitica sia stata la più guerriera fra quelle di tutta l'Italia (ed a tal proposito cita Cicerone: *pro Ligar.* 11: *fortissimos viros, sabinos, tibique probatissimos, totumque agrum Sabinum, florem Italiae ac robur rei publicae*) potrebbesi attendere tutt' altro potere dall' elemento sabino di quello indicato nel testo. Questa conseguenza sarebbe in contradizione coll'allegoria del pacifico Numa, e colla poca importanza dell'elemento quirite nella lingua romana. Ma quella proposizione è essa pure troppo generale. Con più verità dice Niebuhr (p. 107.) « poche nazioni furono così dissimiglianti nella loro origine come questo gran popolo: i Sanniti ed i Marsi guerrieri — i Sabini religiosi e giusti ». Certo erano i Sabini valorosi, ma il loro valore di natura costante e ferma era tale quale si avviene ad un popolo estraneo ai delicati bisogni, e dedito alla vita agricola e pastorale. I due re quiriti, Numa ed Anco rilevano l'agricoltura negletta sotto i due re Ramnensi. Dion. 9. II. 76. III. 36.

(3) Ugo Grozio, *De jure belli et pacis* III. §. 6 10, dove sono raccolte le pruove storiche.

guiva senza dubbio pubblicamente davanti all'assemblea popolare, ed alla presenza del *populus*, che alieneva la sua proprietà: a testimonio della provenienza dei beni vi s'innalzava una lancia. Il bottino addimandavasi probabilmente nell'antico idioma *mancipium*, donde quelle cose furono denominate *res mancipii*. Il compratore faceva pesare il prezzo, e dando di piglio alla cosa, imitazione del primitivo modo di acquistarla, ne addiveniva proprietario. Erano queste le cose, delle quali, come osservammo, anche in caso di alienazione privata avveniva il medesimo fatto ossia il *mancipium* e la *mancipatio*, sebbene non davanti al popolo, ma dei testimoni, che lo rappresentavano. L'indicato modo di acquistare il bottino distinguevasi per la sua sicurezza: la proprietà dello stato venditore non ammetteva alcun dubbio, e l'acquirente era perfettamente certo della sua cosa (1). I testimoni nella mancipazione privata non garantivano certo la proprietà del venditore, ma risultava una certa sicurezza di fatto dalla considerazione, che tante persone non ebbero difficoltà di assistere ad un tale atto, e di sancirlo.

Il *mancipium* dava anche la forma a quelle obbligazioni, che potevansi contrarre in occasione della mancipazione della cosa, come quando per esempio, il venditore garantiva, ch'egli ne era il vero proprietario, e che il compratore ne prometteva la restituzione in alcune determinate condizioni. Ma quando oltre a ciò contraevasi una obbligazione con una promessa che non si connetteva con una mancipazione, una tale obbligazione era secondo il più antico dritto assicurata da una garantia sacra, da un *sacramentum*, col quale il debitore sommettevasi ad una pena nel caso d'inadempimento; e ciò può congetturarsi avvicinando il giuramento fatto per Ercole, e la notizia, che ci vien data da Dionigi, che coloro che intendevano validamente e stabilmente obbligarsi, usavano giurare i convenuti patti davanti all'*Ara Maxima* di Ercole (2).

§. XXX.

Se finora fu dimostrato, fino a qual punto il principio puro politico, nel quale per rigorosa conseguenza l'individuo sarebbe stato al tutto assorbito, fu modificato dal *ius quiritum*, e venne in tal modo aperta la via al dritto privato sebbene dominato sempre e limitato dal pubblico, ci rimane ora a considerare in se stessa la forma delle cose pubbliche, e percorrere la sfera propria del dritto pubblico.

Come membro attivo dell'organismo politico ci si appresenta avanti tutto un'adunanza popolare formata dalle curie e dalle famiglie (*comitia curiata*), la quale rappresentava l'intero stato (3). Usavasi per queste adunanze anche l'espressione *calata comitia*, quando convenivano in alcune speciali occasioni, sebbene una tale espressione non fosse loro esclusivamente propria, essendo adoperata in simiglianti condizioni anche per gli altri comizi (4). L'adunanza popolare era formata dal concorso di tutti i padri di famiglia, donde furono denominati *patres* i cittadini capaci di votare (5). A quest'attività interna del popolo adunato risponde un'altra esterna; la divisione in tre tribù, dei *Ramnes*, *Tities*, e *Luceres* si ripete anche nell'armata, i cui membri erano detti *celeres*, distinti in tre *centuriae* (6); secondo la condotta e l'indicato scopo delle guerre di quel tempo ogni nerbo riponevasi nella cavalleria, ed in quelle spedizioni la celerità assicurava la vittoria. *Centuriae* erano le compagnie di cento uomini (7): sicchè ogni famiglia v'inviava un uomo. Chi pensasse questo un numero troppo limitato, dovrebbe considerare, che un tal numero dovendo esser conservato sempre compiuto, rendevasi necessaria una riserva, la quale accompagnavasi con quello (8), sicchè i trecenti formavano soltanto il fiore d'una considerevole

(1) Cajo, IV. 16: *maxime sua esse credebant, quae ex ostibus capissent.*

(2) Dionigi, I. 10. Klenze, *Elementi della storia del dritto romano* p. 15.

(3) Lelio Felice in Gell. XV. 27: *quum ex generibus hominum suffragium feratur, curiata comitia esse, quum ex censu et aetate, centuriata, quum ex regionibus et locis tributa.* Huscke, *Costituzione di Servio*, p. 29. Not. 8.

(4) Gellio, l. c.

(5) Se i figli avessero votato col padre nei comizi curiati, di che non ci è pervenuta notizia alcuna, ciò avrebbe importato, che ad un padre di famiglia si sarebbero date tante voci, quanti erano i suoi figli. Potrebbesi piuttosto congetturare, che i senatori avevano il dritto di votare nei comizi per mezzo dei loro figli. Gellio, V. 19.

(6) Kuscke, p. 28 Le novelle investigazioni sui cavalieri (Marquardt, *Histor. equitum roman.* lib. IV. 1840) sono state ridotte ad una certa conclusione dalle ponderate indagini e dalla chiara esposizione di K. di Niemeyer, *de equ. rom. comm. historica* 1851.

(7) Huscke, p. 107.

(8) Forse il nome di una tale riserva era *trossuli*, di cui raccontavano i Romani, averlo gli *equites* acquistato da una città, che la cavalleria aveva conquistata senza l'aiuto dei pedoni. Plin. *hist. natural.* XXXIII. 9.

armata nelle più importanti spedizioni militari, alla quale congiungevasi inoltre una truppa di pedoni tratta da un' altra classe di abitanti, di cui faremo parola in seguito.

Mentre l' attività del popolo al di fuori, ossia il servizio militare, era sostenuta dai più giovani, i vecchi nell'interno formavano una più speciale adunanza, un consiglio che badava all'amministrazione degli affari politici (1), e ch' era il senato. Come i comizi componevansi dei padri di famiglia (*patres familiarum*) così il senato dei capi delle genti (*patres gentium*), constituito prima della riunione coi Quiriti di trecento senatori, giacchè un tal dritto appartenevasi soltanto ai capi dei Ramnes, e non a quelli dei *Luceres* (*minores gentes*). Dopo l'unione vi si aggiunsero cento dalle *gentes* dei *Tities*, stantechè anche queste erano considerate come *maiores*. Senonchè sembra che il predominio fosse rimasto ai *Ramnes*, perchè i primi dieci delle loro genti furono i *decem primi* del Senato, che governarono a vicenda durante un interregno.

§. XXXI.

Il senato ed il popolo eleggevano un supremo magistrato a vita, il *rex*, nelle cui mani era rimesso il potere esecutivo. L' elezione seguiva nel seguente modo: il senato nominava e proponeva il re, i comizi vi assentivano, *populus regem esse jussit*, e poi nei secondi comizi tenuti sotto la sua presidenza, il potere di fatto era convertito mediante una *lex imperio* in giuridico, *justum imperium* (2). Il re era eletto alternativamente fra i *Ramnes*, (Romolo, Tullio) e fra i *Tities* (Numa, Anco). Il potere del re comprendeva l' amministrazione interna ed esterna dello stato in pace ed in guerra: per la prima parte del suo governo eragli subordinato il *tribunus celerum*, capitano dell'armata nominato da lui, per la seconda il *custos urbis*, il rappresentante del re quando questi trovavasi guerreggiando, e ch'egli eleggeva fra i *primi decem* del senato (3).

Le opinioni variarono moltissimo sui rapporti scambievoli fra il popolo il senato ed il re, e particolarmente sulla condizione di questo ultimo. Può considerarsi come predominante sin dal tempo di Niebuhr il pensiero, che la costituzione era republicana, che il potere del re, per quanto fosse importante giuridicamente e di fatto per la sua durata a vita, essenzialmente non differenziavasi da quello, che posteriormente possederono i consoli annui (4). Che il supremo potere fosse presso il popolo, dal quale emanava qualunque altro, può dedursi da tutte le notizie più certe pervenuteci sulla costituzione; e sarebbe pure abbastanza confermato dal fatto, che la cacciata dei re, e la sostituzione dei consoli annui non appare come un sovvertimento dell' antica costituzione, per quanto poco lo fu nei tempi posteriori il ristabilimento del consolato in luogo dei decemviri. Anticamente usavasi ritenere la costituzione sotto i re come monarchica, e recentemente uno scrittore si è pruovato a far rivivere questa opinione con lunghe e dotte investigazioni (5). Con questo proposito egli si rapporta particolarmente alla sanzione religiosa, ed all' elemento sacerdotale della monarchia, opinando che per un tal fatto debbasi riconoscere al potere monarchico tutt'altra fonte che la volontà del popolo. È però da osservare che l' elemento religioso non era nella coscienza degli antichi Romani predominante al politico, ma subordinato a questo, e che la religiosa era una debole garantia per quelle persone e rapporti, la cui condizione politica fosse stata difettosa. Donde si comprende, che la monarchia ricevette quella sanzione religiosa in occasione del primo re quirite scelto fra i *Tities*, il quale abbisognava d'un tale aiuto in opposizione dei *celsi Ramnes*. Il medesimo autore aggiunge, che debbasi aggiustare illimitata fede particolarmente su questo proposito agl' antichi scrittori, quando questi collocano molto in alto il potere del re, e lo descrivono come monarchico (sotto alcuni riguardi certo lo era, giacchè il re era il solo supremo magistrato), stantechè vivendo essi in un'epoca republicana, affermavano cosa, alla quale ripugnava la coscienza del loro tempo; ove per contrario rappresentando la primitiva costituzione come republicana, bisognerebbe diffidarne per la possibilità d' un erroneo trasporto delle idee

(1) Macrob. *Sat.* I. 11: *Nam Fulvius nobilior in fastis, quos in aede Herculis musarum posuit, Romulum dicit, postquam populum in majores junioresque divisit, ut altera pars consilio, altera armis rempublicam tueretur, in honorem utriusque partis hunc Majum, sequentem Junium vocasse.*

(2) Cicer. *de repub.* I. 13 17. 18. — Huschke, p. 407.

(3) Walter, *Storia del dritto romano* p. 24.

(4) Cicer. *De republ.* II. 32: *uti consules potestatem haberent tempore duntaxat annuam; genere ipso ac jure regiam.*

(5) Rubino, *Investigazioni sulla costituzione e storia romana*, p. I. 1839.

del loro tempo a quello trascorso. Ma ciò è vero soltanto in apparenza. Una critica più profonda avrebbe osservato, che quegli scrittori raccontando avvenimenti antichi e da lungo tempo trascorsi, dovevano sentire una naturale tendenza a rappresentarli sotto un colore per quanto possibile diverso da quello del loro tempo, particolarmente in alcuni punti più rilevanti, come una nazione nelle sue tradizioni popola il passato di figure bizzarre, e per quanto, le è più possibile differenti da quelle del presente, o come gli scrittori dei romanzi storici, sebbene per incapacità dessero ai loro eroi i sentimenti e le passioni del loro tempo, pure non mancano mai di colorirli almeno esteriormente sul modo antico, e di rappresentarli per quanto è loro possibile sotto forme strane al loro tempo.

Il senato era senza dubbio il membro più importante ed attivo della costituzione: in esso era concentrato il potere delle più nobili famiglie, cui queste dividevano nei comizi colle *minores gentes*, ed i *Ramnes* vi conservavano il loro predominio sui *Tities*, il che era importante per quelli, particolarmente quando il re era scelto fra questi. Certo il popolo aveva il supremo potere, il suo comando era la legge: ma per mettere in attività questa *potestas populi*, vi abbisognava l'*auctoritas* del senato senza la quale quella nulla poteva. Questo ufficio del senato non potrebbe teoreticamente essere considerato come il predominante in opposizione del *jussus populi*, che anzi è vero appunto il contrario, ma praticamente aveva il senato con questa necessaria iniziativa quella maggior importanza politica, che deesi riconoscere all'*agens* sulla forza, alla quale comunica il suo movimento. I comizi avevano la decisione sulla guerra e sulla pace, la legislazione, la scelta dei magistrati e dei senatori (1), ma in tutti questi punti dovevano attenderne la proposta del senato, ch'essi potevano rigettare, ma non sostituirvi un'altra (2).

Fra le funzioni del re la giudiziaria è quella, che offre a noi un maggiore interesse. Secondo il principio dei *Ramnes*, i soli dritti pubblici erano soggetti al giudizio ed alla decisione giudiziaria, e non vi à ragione per ammettere che il processo fosse differente da quello, che tenevasi in tutti i fatti pubblici. Ai comizi, ai quali il re rappresentava l'affare, si apparteneva l'ultima decisione. Vi erano compresi tutti i casi, in cui trattavasi *de capite civis*, ossia della esistenza giuridica d'un cittadino indipendente, la quale secondo gli esposti principii era soltanto politica. Consideravasi come delitto, *perduellio*, il solo fatto che manifestava una tendenza immediata contro lo stato o contro i suoi membri nella detta qualità.

I *duemviri perduellionis* sotto la presidenza del re indagavano e pronunziavano il loro giudizio, che era definitivo solo quando l'accusato vi si acquetava: ma se questi appellava, aveva l'effetto d'una semplice accusa, ed i comizi giudicavano (3). A questo delitto il *ius quiritum* vi aggiunse il parricidio, per la cui procedura furono nominati due *quaestores parricidii* (4). Come la *perduellio* era la violazione di quello, cui il dritto politico garantiva, così il *parricidium* era la violazione dell'ordine sacro, della garantia religiosa (5): questa garantia estendevasi più oltre della politica, ed anche alla vita di coloro, che non avevano alcuna indipendente e riconosciuta esistenza nello stato. Naturalmente anche in questo caso l'accusato, quando godeva della cittadinanza politica, aveva l'appello ai comizi, mettendosi sotto il patrocinio di questi: un tale carattere aveva l'appello in questo caso. Ma come fu già osservato, il *ius quiritum* determinando l'interno ordine giuridico delle famiglie, dava pure al padre il giudizio su quelli soggetti alla sua potestà colla condizione, che radunasse un consiglio famigliare; sebbene non si richiedesse necessariamente il loro accordo (6). La stessa cosa fu ordinata per *ius quiritum* sul giudizio del padre sui figli: Romolo statuì solamente, che non potesse darsi la morte ad un figlio minore di tre anni, quando un

(1) Huscke, p. 702.

(2) Dionigi VII. 38. IX. 41. Questa *auctoritas senatus* era, in contrario dell'opinione di Huscke, un fatto preventivo, e non posteriore, e distinguevasi dalle altre determinazioni del senato ch'erano posteriori alle decisioni popolari: è nel concetto naturale della parola *auctoritas*, che si riferisca ad un fatto futuro (*auctor fio ut negotium geratur*): una *auctoritas* posteriore sarebbe una anomalia.

(3) Liv. I. 26. Orazio doveva essere assoluto secondo il principio dei *Ramnes*, giacchè l'uccisione di sua sorella non era una *perduellio*.

(4) Sono perciò attribuiti a Numa. L'opinione che fossero stati introdotti da Romolo, *L. un. pr. D. de off quaest.* (1 13.) originossi per confusione coi *duumviri perduellionis*.

(5) Cicer. *de legib.* II. 9: *Sacrum sacrove commendatum, qui clepsit rapsitque parricida est.*

(6) Giudizio sulle mogli: Dionigi II. 25. Tacit. *Annal.* XIII. 32. Sui figli Liv. I 26. Valer. Mass. V. 8. 2.

consiglio di cinque parenti non avesse riconosciuta la sua imperfezione corporale, e la inabilità per i bisogni dello stato (1).

§. XXXII.

In tutte le cose giuridiche però, che stavano sotto la garentia religiosa, i *pontifices* erano i giudici, ed ad essi presiedeva il re come *pontifex maximus* (2). Tutto il dritto era in parte puro *ius publicum (ius populi romani)*, parte *jus sacrum*, e quest' ultimo modificava il primo col *ius quiritium*.

Il *ius sacrum* fu la forma, sotto la quale manifestossi il dritto privato, ed in cui prese una esistenza, sebbene subordinata, contro la forza predominante del *ius publicum*. Sicchè *quaestores parricidii* furono senza dubbio i *pontifices*, e questi erano inoltre giudici in tutti i rapporti giuridici delle famiglie e nelle istituzioni riguardanti la proprietà, che furono precedentemente fatte derivare dal *ius quiritium*, e che in questo antichissimo tempo riconobbero la loro reale esistenza dall' esser noverate fra le *res quae ad sacra et religiones pertinent* (3).

Con ciò si chiarisce la proposizione tanto ripetuta, che i pontefici erano i custodi del dritto: *omnium tamen harum (legum) et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, qui quoque anno praeesset privatis* (4). Ciò è detto d'un tempo, in cui il dritto privato era già distinto dal pubblico, non essendo più *ius sacrum*, sebbene attenevasi ancora a questo per singole fila; ma è maggiormente vero del tempo, del quale si fa parola. Colla coscienza della destinazione primitiva del pontificato il vecchio Scevola soleva ripetere: *pontificem bonum neminem esse, nisi qui ius civile cognosset* (5): al che Cicerone crede necessario aggiungere la limitazione: *quod cum religione coniunctum est*; limitazione, che non era veramente tale nei tempi antichissimi.

I patrizii ed i clienti.

§. XXXIII.

Le persone, le cui condizioni giuridiche furono considerate finora distintamente, erano i cittadini, il cui insieme era indicato dall' espressione *populus romanus quirites*, ed il cui stato giuridico era essenzialmente politico.

Erano i *patres*, che rappresentavano una *gens*; è questo perciò il nome, che determina la loro posizione nella costituzione. Ad essi attenevansi tutti quelli soggetti al loro potere domestico, la cui porzione maschile distinguevasi dalla femminile in quantochè a quest' ultima era negata una condizione politica anche come possibilità, mentre i figli addivenivano essi pure *patres*, che anzi, anche nello stato presente, potevano prendere parte all'attività esterna della repubblica, come membri dell'armata. Questi figli addomandavansi *patricii* (6): ma quando nei tempi successivi cessò la condizione esclusiva di quei *patres*, ed essi coll' elevamento della plebe ai dritti civili addivennero soltanto uno dei due elementi dello stato, che aveva nei primi tempi la sua forza principale nel senato, il nome di *patrizii* fu accomunato a tutti i cittadini in opposizione della plebe, e quello di *patres* fu usato esclusivamente per i senatori eletti fra i primi, ossia per i *patres gentium*.

Ma fin dai tempi più remoti vi erano degli abitanti in Roma e nel suo territorio, che non erano noverati nè fra i *patres* nè

(1) Dionigi II. 15. È attribuita a Servio una legge, colla quale il figlio, che si era reso colpevole verso il padre era soggetto al giudizio pubblico (cioè quando il delitto era un *parricidium*), se il padre ne rimetteva a questo la punizione, e se ne faceva accusatore: (*si plorassit*) *Festus* v. *plorare: — si parentem puer verberit, ast ille plorasset, puer divis parentum sacer esto.* Soltanto verso la fine della repubblica il *parricidium* fu sottratto alla giurisdizione domestica, e sottoposto alla pubblica. Ciò deesi intendere, quando la *lex pompeja de parricidiis* dispone, che il parricida dovesse essere giudicato secondo la *lex cornelia de sicariis.*

(2) Plutarco, *Numa* 9. Paol. Diac. *ex Festo: Maximus Pontifex dicitur quod maximus rerum quae ad sacra et religiones pertinent, judex sit, vindexque contumaciae privatorum magistratuumque.* A tal proposito può anche ricordarsi che la parola *multa* è indicata da Varrone come sabina; sicchè l'istituzione si apparterrebbe all'elemento sabino del popolo romano.

(3) Per i rapporti di famiglia questo è direttamente confermato dall'intervento dei pontefici nell' arrogazione e nei contratti di matrimonio.

(4) Pompon. *L.* 2. §. 6. *D. de orig. jur.* (I. 2)

(5) Cicer. *de legib.* II. 19. Lo stesso Cicerone opinava, che la conoscenza del *ius civile* fosse stata piuttosto nociva al *ius pontificium, ibid.* 21. *pro Mur.* 12.

(6) Liv. I. 8. *patres certe ab honore* (Livio parla indubitatamente dei senatori), *patricique progenies eorum appellati.*

nelle loro famiglie, e pure non erano schiavi. La favola dell'asilo aperto da Romolo esprime che fin dalle prime fuvvi un numeroso concorso. Stante le incessanti ostilità fra i piccoli stati, era naturale, che molti e particolarmente gli abitanti dei confini che si erano trovati in una condizione più indipendente verso i differenti stati, fossero spogliati del loro avere, e vedessero devastate le proprie terre; e che quando le loro tendenze ripugnassero ad una perenne vita di rapina, o questa sembrava loro mal sicura, cercavano un rifugio nella città, nella cui potenza confidavano. Inoltre la gente commerciante, il cui mestiere i Romani disprezzavano, e di cui nondimeno non potevano fare a meno, vi si dovettero fin dai primi tempi stanziare. Probabilmente lo stato romano dovette nel suo cominciamento trovare tali abitanti liberi, ma non politicamente riconosciuti nelle terre conquistate, e fra gli originari e vinti possessori, quando non erano riconosciuti come cittadini, o ridotti a schiavitù.

Il più antico dritto non ammetteva alcuna indipendenza, che non fosse garantita dalla condizione politica. Perchè quegli abitanti avessero una tale esistenza giuridica, era necessario, ch'essi fossero garantiti dal dritto d'un cittadino, che ne prendeva il patrocinio, come i figli erano sotto la difesa della personalità del padre: da ciò furono denominati *clientes* d'un cittadino, che rispettivamente ad essi addimandavasi *patronus*. Il rapporto del cliente col patrono non si attiene alla famiglia, e non è quindi un vincolo di famiglia, ma alla *gens*: il cliente è noverato nella *gens* del suo patrono (1). È questa la ragione, che la *gens* aveva dritti sui clienti per mezzo del patrono, che era suo membro: questi aveva la sua potestà sul cliente nella sua qualità pubblica di cittadino; ed un tal dritto era difeso e garantito dall'elemento giuridico dei *Ramnes*: ed è pure conseguente, che il delitto del cliente verso il suo patrono fosse dichiarato *perduellio*. Il dritto della *gens* e per mezzo di questa del popolo sui clienti riferivasi al servizio militare, ch'essi erano obbligati a fare a piedi, sì che ogni *gens* somministrando dieci uomini, tutti i pedoni ammontavano a 3000, dei quali certo abbisognavasi interamente soltanto nelle più importanti spedizioni. Ma i dritti dei clienti contro il patrono erano assicurati dalla sola garantia religiosa (2), che consisteva in ciò, che al violato concedevasi il dritto della propria difesa, ed in contrario toglievasi al violatore il patrocinio dello stato (3). Del resto questa garantia giuridica si estendeva soltanto alla parte personale dei rapporti. Non era straordinario, che il cliente ricevesse dal patrono dei terreni in godimento, ma in quanto a questi non aveva alcun dritto contro il concedente, per quanto poco ne avesse il figlio contro il padre (4).

Quando Dionigi pone come origine della clientela e del patronato, che Romolo avesse ridotti i poveri nella clientela dei ricchi, havvi a fondamento di questo racconto la verità, che un tale rapporto originossi dal bisogno d'una garantia: l'opinione per contrario, che fosse fondato sulla differenza fra la povertà e la ricchezza, dee essere attribuita alla povertà delle sue proprie idee politiche, o di coloro, della cui autorità giovossi.

Il dritto plebeo.

§. XXXIV.

Agli elementi sin ora svolti dello stato romano, ossia i *patres* con quelli soggetti alla loro potestà ed i clienti, è da aggiungersi un altro, che non esisteva sin dalle prime, giacchè la sua introduzione è per antica tradizione attribuita ad Ancó Marzio, come pure può dedursi dal fatto, che le tradizioni che vi si riferiscono, e che hanno la più rimota origine, non vanno al di là di Numa, l'Anco allegorico. Questo novello elemento era la *plebs*, che nei tempi posteriori sta di rincontro al popolo, come prima i *quirites* al *populus romanus*: con essa si svolse

(1) È questa l'espressione del fatto, che i clienti portavano il nome della *gens*, ed erano detti perciò gentili, e non ch'essi erano cittadini capaci di votare. Che avessero votato coi loro patroni nei comizi curiati (Huscke, *Costituz. di Servio* p. 29. 84.) mi sembra una impossibilità, e penso che sembrerà tale a chiunque si faccia presente le condizioni di quel tempo.

(2) *Patronus si clienti fraudem fecerit sacer esto*. Servio, *Ad Virg. Aen.* VI. secondo le dodici Tavole, che dovettero certo averlo tratto dal più antico dritto.

(3) Fest. *v. sacer*: *At homo sacer is est, quem populus judicavit ob maleficium, neque fas est eum immolari, sed qui occidit, parricidii non damnatur. nam lege tribunicia prima cavetur: si quis eum qui eo plebei scito sacer sit, occiderit, parricida ne sit.* Quando il popolo dichiarava *sacer* un cittadino, non consideravasene la uccisione una *perduellio*.

(4) Fest. v. *patres*: — *atque (ii patres dicti sunt, quia) agrorum partes ad (tribuerant tenuioribus) perinde ac liberis.*

puro e libero il principio del *ius quiritum:* l'ammissione della plebe è il germe della storia futura dello stato romano.

Nessun concetto è più importante per una intelligenza vera dello sviluppo della costituzione romana e dei principii storici del dritto romano, e pure niuno fu falsato da tante erronee opinioni, quanto quello della plebe. I più antichi scrittori storici e particolarmente Dionigi, ed i più moderni videro nella plebe, la quale era destinata ad avere una influenza tanto grande e duratura nella storia romana, un volgo di poveri e proletarii; donde originossi un secondo errore di confondere i plebei coi clienti. Pochi errori sono in tanta contradizione con ogni tratto della storia posteriore, quanto questo, il quale in vero potette conservarsi e succedersi sol perchè contro l'ufficio storico rinunziossi a mettere di accordo i fatti successivi coi precedenti. È uno dei maggiori servizi resi da Niebuhr alla storia romana, quello di aver rimosso un tale errore, e di avere fondata la verità, il che può dirsi anche d'una gran parte del suo lavoro, sopra basi sicure.

La plebe formossi colla incorporazione dei paesi limitrofi particolarmente dei Latini nel territorio romano, e dei cittadini le cui abitazioni erano state devastate, nella città, dove facilmente potevano essere mantenuti soggetti, e sicuramente impediti dal riacquistare la loro politica indipendenza. I primi di questi stranieri fissarono la loro sede fuori la città, e particolarmente in un luogo limitrofo alle tre sedi delle tribù, il monte capitolino, palatino e celio, che da ciò fu detto *esquiliae*, *exquiliae* (1): posteriormente il monte aventino fu loro fatto sgombrare da Anco, che è considerato come il vero fondatore della plebe (2), diviso dall' *exquiliae* dal monte celio. Ma quale fu la condizione politica di questa popolazione appartenente prima a città indipendenti, ed ora trapiantata in Roma e divenuta plebe romana? Avanti tutto era impossibile, che questi plebei partecipassero della esistente costituzione, la quale perchè fondata sulle *gentes* e per il limitato numero di queste, era chiusa o almeno incapace di ammettere un numero illimitato (3). Per riconoscere ai plebei i dritti politici sarebbe stato necessario distruggere o cambiare la presente costituzione, come a tale scopo realmente avvenne in un' epoca posteriore: ma in quel tempo mancavane l'occasione. Potè sembrare egualmente impossibile applicare a questa grande massa di nuovi abitanti l'istituzione della clientela. I *Ramnes*, quando il loro potere si fosse esteso a quel tempo sì oltre, avrebbero trovato utile rendersi soggetta la plebe, e secondo il loro dritto era questo il solo mezzo onde dispotizzare su questi stranieri, ma i Quiriti non avrebbero mai tollerato loro un tanto incremento di forza. Si affaceva piuttosto al principio quirite determinare la condizione della plebe, in quel modo che riusciva possibile stante le condizioni del tempo, ed a ciò fu adempiuto dal quirite Anco.

§. XXXV.

Le terre conquistate, i cui antichi proprietarii furono tratti in Roma, formando quì la plebe, addivennero per conquista *ager publicus populi romani*; nelle pagine precedenti fu detto, come disponevasi di questo secondo il più antico dritto romano. Quello che ciascun individuo ne toccava, era dato in semplice possesso e godimento, esercitandone il popolo la proprietà per mezzo dei suoi cittadini. Come le persone di questi erano parte del *populus*, così pure la loro proprietà territoriale era parte del *ager populi*. Ma in quanto ai plebei siccome trattasi di persone, che non formavano parte del *populus*, era necessario che come la proprietà dei patrizi poteva essere soltanto pubblica, la loro fosse privata. Come il plebeo era fuori del popolo dello stato e della città, abitando nei subborghi o alla campagna, così la sua proprietà era distinta dall' *ager publicus*; le terre dovevano cessare di essere *ager publicus*, ed addivenire *ager privatus* per venire nelle mani d'un plebeo, d'una *persona privata*. Una tale divisione seguiva per *assignatio* ai particolari individui, alla quale precedeva una misura e limitazione per opera dei *finitores* (nei primi tempi auguri, posteriormente speciali agrimensori). Con linee materiali, *limites*, la terra a misurarsi era spartita in quadrati d'una certa grandezza, *centuriae*, (cento spartimenti di due *jugera*), assegnandone quindi

(1) Da ciò gli abitanti *aequilini* in opposizione dei cittadini: *inquilini*. Huscke, *Costit. di Servio* p. 59.

(2) La *plebs* è il popolo di Anco in opposizione con quello di Romolo. Niebuhr, I. p. 393. Catull. 34: *Romulique Ancique — gentem*.

(3) Ch'essi avessero votato nelle curie, è appieno confutato da Niebuhr. Considereremo in seguito sino a qual punto la costituzione di quel tempo ammettesse nuove famiglie.

a ciascuno una determinata parte (1). In tal modo il principio di dritto dei *Ramnes* aveva su questo rapporto giuridico dei plebei colle terre e col suolo il solo potere, che la loro proprietà fosse considerata come proveniente e data dallo stato, connettendovisi l'obbligo per questi proprietarii di rendere dei servizi allo stato: questi consistevano principalmente nel servizio militare, a cui la plebe adempiva a piedi, e nelle imposte, *tributum*, che era un obbligo propriamente plebeo (2).

§. XXXVI.

Il *ius quiritium* ebbe il suo pieno svolgimento per mezzo della plebe, importando l'ammissione dei plebei quello appunto, che un tal dritto supponeva, il concetto cioè di persona privata. È questo il momento di formazione d'un dritto privato indipendente e contemporaneo al *ius publicum*, col quale era destinato, che i Romani dovessero produrre cosa, che sopravvivesse nel tempo al nome d'un tal popolo, e si estendesse molto lungi nello spazio. Quello, che sopra fu rappresentato come azione pura dell'elemento quirite sul dritto, passò nella plebe, trovando in questa il suo più fermo fondamento, e la forma più pura, colla quale dopo il cambiamento della costituzione avvenuto sotto gli ultimi tre re rioperò sui patrizi.

Furono riconosciuti alla plebe tutti i dritti di proprietà secondo il *ius quiritium*, potendo il plebeo acquistare tutto quanto acquistavasi per mancipazione. Participava pure dei dritti di famiglia, colla sola eccezione dell'elemento pubblico di questi, ossia di quei punti, per i quali la famiglia connettevasi al *popolus*. Il matrimonio plebeo importava parimente la *manus* del marito sulla moglie: non formavasi però per *confarreatio*, ma per semplice consenso privato, e la *manus* vi si aggiungeva con un atto speciale ed analogo alla mancipazione, *coemtio*, o col fatto dell'abitazione della moglie col marito per un determinato tempo. Il *connubium* non fu possibile fra i patrizi ed i plebei finchè la costituzione patrizia stette sulla sua antica base; e quando posteriormente questa costituzione fu modificata, lo spirito di corporazione sopravvivente alla sua base giuridica, e l'alterigia dei patrizi si opposero al matrimonio fra le due classi. Anche il plebeo aveva la *patria potestas* sopra i suoi figli; senonchè non poteva acquistarla per arrogazione fondata sui rapporti politici, e dalla quale era escluso anche per la forma. Per contrario la cessazione della patria potestà per emacipazione è di dritto plebeo, giacchè con un tale atto il patrizio sarebbe stato secondo l'antica costituzione segregato dalla *gens*, e conseguentemente anche dal *popolus*. Per mezzo d'una tale mancipazione poteva pure un plebeo passare dalla potestà di suo padre sotto quella di un estraneo. La *patria potestas* e la *manus* prendono presso i plebei la loro forma giuridica puramente privata, ed in ispecie dalla parte della loro efficacia sulla proprietà, che consiste nella impossibilità del figlio e della moglie di aver beni proprii, acquistando per il padre e per il marito. Un plebeo non poteva avere clienti, a ciò opponevasi pure il rapporto dei clienti colla *gens* e per mezzo di questa collo stato: nè potevasi adempire ai doveri pubblici dei clienti da un plebeo. È quindi probabile, che l'affrancazione degli schiavi, ed il patronato sui liberti fosse di dritto plebeo. Per quanto riguarda infine le relazioni di debito, la promessa avanti all'*ara maxima* quando divenne generale un tale contratto, non fu accomunata ai plebei, ma il solo obbligo per mancipazione. Per contrario era un modo di obbligarsi propriamente plebeo il *nexum*, col quale il debitore sottomettevasi non pagando alla *manus iniectio* ed alla immediata conseguenza di questa, ossia la schiavitù per debito, la quale rimetteva secondo l'antichissimo dritto la persona del debitore all'illimitato arbitrio del creditore. Non è concepibile, che un patrizio, una parte del popolo, avesse potuto essere obbietto d'un simigliante dritto.

Senza dubbio il dritto plebeo fu accomunato anche ai clienti, i quali dovettero esser presi in considerazione particolarmente quando trattavasi della partizione delle terre. Era questo interesse degli stessi patrizi, che in tal modo introducevano fra i plebei un elemento personalmente dipendente da essi, mentrechè mostravansi pure benefici verso i loro clienti. Forse fu questa pure opera dei

(1) La parola *assignazione* si rapporta alla sola proprietà, e non alla semplice *possessio*: la medesima cosa deesi dire della parola *limitazione*.

(2) Paol. Diac. *ex Festo*: *Tributum dictum, quia ex privato in publicum tribuitur* (pagato dalla plebe al popolo). Lascio da parte se Festo abbia intesa l'importanza vera delle parole del suo autore *ex privato in publicum*; è certo però, che il suo epitomatore non l'ha compresa, altrimenti non avrebbe cambiata la parola *quod*, che leggevasi probabilmente in Festo, *in quia*.

Rannes, che non potendo arrestare l'indipendenza dei plebei, tentarono almeno ed in qualche modo di rallentarla, associando ad essi persone loro dipendenti, col medesimo proposito, col quale posteriormente il patrizio Appio immischiò i libertini fra le tribù.

§. XXXVII.

Dal già detto si deduce, che noi dobbiamo rappresentarci la plebe come la massa dei proprietarii liberi, aventi interamente i dritti privati, ma senza partecipazione allo stato. Il contrasto fra i patrizii, ed i plebei non è quello fra i ricchi ed i poveri, nè anche quello fra la nobilità ed il volgo non nobile, giacchè fra la plebe noveravansi anche i ricchi nobili delle città, la cui popolazione era addivenuta plebe romana, e difficilmente il loro avere per un tal cambiamento di destino potè essere al tutto o generalmente perduto. Potrebbesi piuttosto concepire un tal contrasto come quello fra gli abitanti della città e quelli delle campagne, dei quali i primi avevano esclusivamente il governo. Ma perchè la plebe mancava di vera garentia politica, fu questa compensata per opera dei loro difensori quiriti da una al tutto religiosa, *sacrosanctio*, e le leggi, che assicuravano l'esistenza della plebe, furono *leges sacratae: quibus sanctum est, qui quid adversus eas fecerit, sacer alicui decorum sit cum familiam pecuniaque* (1).

In verità anche con una tale passiva condizione politica della plebe l'unità della costituzione era violata e rotta. Nell' esclusivo dominio del dritto pubblico, dal quale ogni altro dritto doveva essere giustificato, s' introdusse il dritto privato: appunto la politica nullità della plebe, il fatto, che ai subbietti di questo dritto privato non riconoscevasi alcun dritto pubblico, produsse il suo isolamento di rincontro al dritto pubblico, e comunicò ad esso contro questo la forza d'una piena indipendenza. In tal modo si sottrasse al legame, che incorporava il più antico *ius quiritium* nel *ius publicum*. Per accordare queste membra disgiunte del dritto riducendole alla loro antica unità, ma ad un'armonia, che non distruggendone la indipendenza, ne impedisse una compiuta separazione, facea mestieri, che anche la plebe si elevasse ad una condizione politica, che riunisse in se la privata colla publica.

XXXVIII.

Fu questa l'opera dei successori di Anco Marzio, ma prima che ci facessimo a trattare in qual modo vi fu adempiuto, crediamo utile intrattenerci a considerare come un moderno scrittore della costituzione romana concepisce il potere scambievole, che le diverse parti del popolo si ebbero nella storia di Roma le une sulle altre. Secondo Göttling (2) il dritto di famiglia sarebbe sabino, « il dritto pubblico per contrario sarebbe stato principalmente introdotto e svolto dai Latini politicamente molto più civili », e che gli Etruschi vi avessero apportate appena poche esterne notizie sulla magistrature e le classi della società. Lasciando da parte per il presente tutto questo, dobbiamo più particolarmente prendere in considerazione l'opinione, « che i Latini rappresentassero nella costituzione romana l'elemento progressivo, ed i Sabini propriamente lo stazionario ». Una tale opinione sembrerebbe confermata dalla riflessione, che la plebe era principalmente di origine Latina. Ma deesi in contrario osservare, che colla plebe si passa dall'opposizione dell'elemento sabino e latino in una nuova epoca della storia. La plebe latina sta contro tutto il popolo primitivo, e non contro una sola parte di questo, molto meno contro il sabino, il cui principio dette ad essa una condizione giuridica in Roma, che non avrebbe potuto mai ottenere sotto il predominio del principio ramnense. Il potere esercitato dalla plebe sulla costituzione non può spiegarsi colla sua origine, o con una naturale politica saviezza, ma colla condizione speciale, in cui trovossi, e col bisogno che si ebbe dei suoi servigi pubblici.

I tre ultimi Re.

§. XXXIX.

Il quinto Re, Tarquinio Prisco, interruppe la precedente e mutua succezione dei Re rammensi e quiriti. È possibile che fosse appartenuto ad una terza popolazione, ai *Luceres*, almeno fu questa la tribù, sulla quale afforzossi, e che egli elevò ad eguaglianza di dritti colle due altre. La tradizione gli assegna una origine etrusca (3): è certo però, che il potere del

(1) Festo *v. sacratae leges.*
(2) *Storia della Costit. polit. rom.* p. 50.
(3) Come pure la tradizione fa popolare il monte celio, la sede dei *Luceres* da Celio Bibenna, capitano etrusco, e dalla sua gente, parte sotto Romolo, parte sotto Tarquinio.

dritto etrusco comincia e si fa visibile nella costituzione romana, sotto il suo ed il seguente governo, ma piuttosto come qualche cosa esternamente aggiunta, anzichè originaria ed immanente (1).

Avanti tutto furono incorporate sotto il suo governo le famiglie dei *Luceres* nel senato, ed aggiunti ai trecento *patres maiorum gentium* cento *patres minorum gentium* (2): col medesimo proposito il numero delle Vestali fu elevato da quattro a sei. Se con ciò, come pure col semplice fatto della sua elevazione al governo, furono in quanto vi era di più essenziale pareggiate le ineguaglianze nell' interno dell'antica costituzione, e la sua forza fu accresciuta contro l' elemento esterno ad essa, quello della plebe, avrebbe pure in questo modo un tal re contribuito non poco a minorare i pericoli, di cui minacciava lo stato l' anomala condizione della plebe.

Il bisogno d'una modificazione della precedente costituzione mostrossi conforme alla condizione storica del popolo ed allo spirito del governo d' un re, che ne estese la potenza d' un modo non ordinario in ispecie in quanto riguarda l' attività esterna, la guerra. Il bellicoso Tullo Ostilio raddoppiò l'esercito, ridusse i *celeres* di 300 a 600, il che suppone un proporzionato aumento dei pedoni. Pretendesi che ciò sia avvenuto coll' ammissione di famiglie albanesi nel popolo, e che queste famiglie sieno pure singolarmente nominate (3); ma è questa piuttosto una pruova d'una favola posteriore, che una conferma; maggiormente perchè affermasi (4) la loro introduzione nel senato; il che è certamente falso. È piuttosto da supporsi, che nulla ostante la rigorosa esclusività delle due prime popolazioni, si lasciasse per l'edificio politico sotto tutt'altra considerazione compiuto un vano sempre aperto per tali ammissioni, il che sarebbe al tutto conciliabile con la condizione inferiore dei *Luceres* come massa confusa verso le tribù pure e compiute. In tal modo i *Luceres* ingrossati da famiglie straniere avrebbero dei seicento *celeres* somministrati quattrocento, ed il numero dei pedoni rispondente all' aumento dei 300 *celeres* sarebbe stato tratto dalla plebe, la cui esistenza storica comincia sotto il governo di Tullio.

Sotto Tarquinio però, poichè i *Luceres* col loro pareggiamento alle due immanenti tribù parteciparono della medesima esclusività, non fu più possibile, che l'aumento seguisse nel medesimo modo. Raccontasi, ch' egli avesse voluto aggiungere alle tre centurie dei *celeres Ramnes*, *Tities*, *Luceres* altre tre con differenti nomi; ma che impedito dai reclami di un augure aggiungendo i *posteriores* ai *priores* avesse accresciuto fino a 1200 il numero dei cavalieri. Forse mirava a costituire delle centurie plebee di cavalieri, ma vi si opposero i patrizi estraendone seicento da loro, e lasciando provvedere al corrispondente e necessario aumento dei pedoni dalla plebe straordinariamente cresciuta sotto il vittorioso governo di Tarquinio.

Tribù plebee.

§. XI.

Molto più importanti di quelle di Tarquinio, il cui proposito ed esecuzione sono avvolti in un buio difficile a chiarire, sono le instituzioni del sesto re, di Servio Tullio, che modificò essenzialmente la costituzione introducendo la plebe nel senato, e dette o almeno indicò a questa delle basi, che conservaronsi nelle loro parti fondamentali tanto quanto la stessa repubblica. Su queste istituzioni fu pubblicato recentemente un lungo e dotto lavoro (5), il cui autore, sebbene sembri avere trovate in esse molte cose, che erano estranee alla coscienza giuridica dei Romani, ha però scoverto tutto quello che le nostre fonti contengono per uno spirito ingegnoso e profondo investigatore del loro materiale.

La plebe dovette elevarsi sotto Tarquinio ad una posizione di fatto molto importante, non solo per il suo numero, ma anche per la sua attività nelle guerre, nelle quali, quando addivennero più serie, ed ebbero perduto il loro primitivo carattere di subitanee incursioni, manifestossi l' importanza della

(1) In tal modo ricevettero il loro nome le tre tribù *Ramnes*, *Tities*, *Luceres*, che sarebbero tusculane secondo Volnio (Varr. *de L. L. V.* 55. Muel.) affermazione, che è ammissibile, ma dalla quale non può dedursi, che le tribù istesse fossero una istituzione etrusca.

(2) Liv. I. 33. Sulla varietà delle notizie veggasi Huscke, *Costit. di Servio* p. 40.

(3) Liv. I. 30.

(4) Pruova particolarmente, che la notizia fu tratta in questa forma dai registri delle famiglie, che indubitatamente non meritano alcuna fede.

(5) È questa l' opera già più volte citata di Huscke, *Costit. di Servio Tullio*, da servire di fondamento ad una storia della costituzione romana, 1838.

infanteria sì nella decisione della vittoria come nella conservazione delle conquiste. Senza dubbio erasi essa per autonomia ristretta in corporazione. L'infanteria plebea ubbidiva agli ordini di capitani inferiori tratti dal suo seno, che erano anche in pace i naturali rettori della corporazione, e dovettero essere di fatto riconosciuti dai cittadini dominanti come utili mediatori per i servizi pubblici da rendersi dalla plebe. Servio, di cui raccontasi, che fecesi re per aiuto di questa (1), cambiò nell' interesse generale, che poteva correre dei pericoli per simili arbitri, questa autonomia in uno stato legale, donde seguì la necessità di dare alla plebe un ordinariamento, che fu uno realmente politico, ossia in connessione con tutto l' organismo dello stato, e con ciò fu riconosciuta la plebe come una parte essenziale di esso. Il principio, che doveva produrre un tale effetto, non poteva essere il personale della famiglia, per la cui forza i plebei erano stati fino a quel tempo esclusi dallo stato, ma soltanto quello locale del territorio pubblico (2).

Fu spartita quindi la plebe in tribù locali in contrario delle antiche tre tribù patrizie familiari (3), dovendosi le imposte ed il servizio militare prestare secondo quei distretti, ciascuno dei quali aveva il suo capo. Come tribù distrettuali ne sono particolarmente ricordate quattro, *suburbana exquilina*, *collina*, *palatina*, la cui circonferenza non limitavasi agli edifizii della città, ma estendevasene anche nell' interno. A questi si aggiunge pure un numero considerevole di distretti territoriali, detti *rusticae tribus* o *regiones*. Il numero ne è variamente determinato (4). Io opino, che il numero dei distretti territoriali non sia stato sulle prime limitato, ma vario secondo le condizioni de'tempi, e particolarmente suscettivo di aumento per le conquiste posteriori. È degna di osservazione, che quelle tribù *urbanae* sono particolarmente mentovate in tutte le testimonianze storiche: sono pure le sole indicate da Livio, ed a preferenza dette *tribus*, ed i loro capi *tribuni*; probabilmente esse sole avevano secondo le istituzioni di Servio una comune importanza politica: non accidentalmente addimandavansi *urbanae*, ma erano le sole in connessione colla città e con tutto quello che emanava da questa: le territoriali erano per contrario particolari comunità sotto capi speciali, che erano necessarii a causa della lontananza dalla sede del governo: tutti gli abitanti delle campagne appartenevano però alle quattro tribù *urbanae*. Soltanto nei tempi posteriori fu riconosciuta alle rimanenti tribù la medesima qualità politica come alle *urbanae*.

§. XLI.

La condizione politica delle tribù plebee, ed in quel tempo delle *urbanae*, era importante particolarmente pel servizio militare. Il servizio plebeo militare a piedi cessò di dipendere dalla cavalleria, e dal ricevere norma da questa. La legione non contenne più 3000 pedoni in corrispondenza di 300 cavalieri, ma 4000 (5) restando il medesimo il numero dei primi. Così il nome dell'esercito non fu più quello di *celeres*, ma *classis procincta*. Fu pure dato alla plebe il dritto di adunarsi durante la pace per affari civili, avendo nella città i *comitia tributa*, i quali per altro soltanto nei tempi posteriori e non prima dell' ammissione delle *tribus rusticae* presero una importanza politica generale.

In qual modo regolaronsi i patrizi in questa divisione? Niebuhr la considera come limitata ai soli plebei: ma si ricorda in contrario, ch'essa fu e dovette essere una divisione dello stato, perchè la plebe potesse addivenire per mezzo di essa una parte essenziale di questo (6). La verità mi sembra essere, che la divisione estendevasi per tutto il territorio dello stato, e che i patrizi vi furono compresi, niuno potendo loro vietare, di operare da plebei, appresentarsi nei *tributa comitia*, ubbidire all'appello dell' infanteria, e pagare il tributo plebeo.

(1) Cicer. *De repub.* II.21: *primus ex jussu populi regnavisse traditur — non jussu, sed voluntate atque concessu civium, non commisit se patribus.*

(2) Uno scritto, che sviluppa profondamente e dottamente questa istituzione tanto nella sua origine ed interna natura, che nella sua connessione coll'ulteriore sviluppo della costituzione (anche per chi non convenisse in tutti i risultamenti) è quello di Mommsen *Le Tribù romane sotto il lato amministrativo* 1844.

(3) Dionigi, IV. 14.

(4) Niebuhr I. p. 439. Egli ne novera 26 *rusticae* secondo Fabio e Varrone, ossia 30 colle cittadinesche, delle quali posteriormente dieci (ossia la terza parte) andarono perdute nelle infelici guerre; e perciò nell' anno 259 ridotte soltanto a 20. Huscke, p.73. Mommsen p. 4.

(5) Certo corrispondenti al numero delle tribù. Huschke p. 57.

(6) Huscke, p. 53.

S' intende però facilmente, ch'essi non faceano nessun uso a quel tempo d'una tale possibilità, nè potevasi sperarlo: sforzarli non cadeva in pensiero ad alcuno. In tal modo i *tributa comitia* rimasero puramente plebei, e le loro determinazioni dette *plebi scita*; è questo un nome, che conservossi anche quando quei comizi avevano da moltissimo tempo perduto il loro particolare carattere. Per contrario un tale ordinamento delle tribù esercitò un potere importante sui patrizi relativamente alla proprietà territoriale. Con esso decidevasi, che si poteva essere nel medesimo tempo membro dello stato, e proprietario privato, il che contradiceva al principio del più antico dritto pubblico. Questo giovò anche ai patrizi, che sin da questo tempo participarono del dritto sul *ager privatus.*

§. XLII.

Servio però non limitossi a questa prima istituzione: ne fu aggiunta una seconda, che comprendeva i patrizii non facoltativamente, ma attualmente.

Per acquistare una intelligenza vera di qualunque forma della costituzione di questo antico periodo dei re, è sempre più sicuro consiglio partire dall'attività esterna dello stato, ossia dall' organismo militare, che era in questo tempo l' elemento predominante nella formazione delle forme costituzionali. In questo riguardo i patrizi ed i plebei erano fino allora nella relazione di cavalieri e pedoni: era stato tolto l'antico legame fra loro, secondo il quale gli ultimi erano soltanto un'appendice subordinata ai primi. Era importante ristabilirne l'unità rispettando l'indipendenza dei due elementi: questo era possibile solo quando la cavalleria cessava di essere esclusivamente patrizia aprendosi ai plebei, giacchè non era da sperare di potere costringere i patrizi al servizio della infanteria, togliendo in tal modo a questa il suo carattere particolarmente plebeo. La opposizione fra i patrizi ed i plebei doveva cessare almeno sotto l'aspetto militare: e per riuscirvi era necessario, che l'autorità e il potere determinante dell'organismo militare fosse sottratta alla costituzione delle curie, e data ad un'altra, anzi ad una novella, giacchè non si poteva alla costituzione plebea delle tribù. A questo fine l' infanteria abbisognava d' una partizione, che non poteva provenirle dalla sola istituzione delle tribù. Una tale partizione doveva consistere parte nella distinzione degli artefici e musici che accompagnavansi all' armata dei veri guerrieri, parte nella distinzione di questi ultimi secondo la qualità delle armi. Da ciò sorgeva il bisogno d'investigare: chi imprenderebbe il servizio militare con armatura perfetta e dispendiosa, chi con meno perfetta e secondo le gradazioni differenti e credute necessarie? ed inoltre, quanti uomini doveva comprendere ciascuna di queste partizioni? sebbene il numero non potesse essere eguale per tutte, quantocchè della classe dei meglio armati abbisognavane un numero maggiore, che per qualunque altra.

Siccome criterio determinante per queste due quistioni poteva essere solamente la proprietà, così fu ordinato per i ricchi l'armatura migliore ed anche il numero maggiore. A questo proposito Servio distinse tutti i cittadini capaci del servizio dell' infanteria in cinque classi seconde Livio, secondo Dionigi in sei, o noverò i cittadini con 10000 *asses* (posteriormente 110000, ed anche più tardi 125000), o che avessero anche di più nella prima classe (1): quelli con 75000 o più nella seconda, di 50000 o più nella terza, di 25000 nella quarta, con 1000 (posteriormente 11000, e più tardi 12500) nella quinta classe (2). Fra coloro poi che non pervenivano fino alla quinta classe distinguevansi quelli, che non possedevano meno di 1500 *asses*, *accensi velati*, e gli altri meno abbienti, i quali sono denominati quando *proletarii* quando *capite censi*, la quale ultima espressione è limitata in molti scrittori storici a quelli, che non avevano più di 375 *asses*, mentre per contrario il nome *proletarii* viene esteso anche agli *accensi velati*. Tutti i cittadini al di sopra dei *proletarii* addimandavansi *assidui* (3). La distinzione dei cittadini in queste differenti classi avveniva per mezzo di una generale valutazione, *census*, che ripetevasi di tempo in tempo. Ogni cittadino di suo dritto doveva sotto pena della perdita

(1) È detta questa a preferenza *classis*, ed i cittadini che vi appartenevano *classici*, gli altri *infra classem*. Gell. VII. 13.

(2) Böckh, *Ricerche metrologiche sull' antichità* p. 427. — Huschke, *Sul censo e sull' ordinamento delle imposte nel primo periodo dell' impero romano*, p. 91-97.

(3) Era questa una espressione usata in opposizione della parola *proletarii*, come occorre nelle XII Tavole: *assiduo vindex assiduus esto, proletario quoi quis volet vindex esto* (Gell. XVI. 10. Cicer. *top.* 2 *assiduus* come *locuples*, *appellatus ab asse dando*. Fest. *v. assiduus: alii eum qui sumptu proprio militabat, ab asse dando vocatum existimaverunt.*

della libertà o della vita segnarvisi, iscrivendone il nome e l'età propria, della moglie e dei figli con quello dei genitori e della tribù, quindi il suo avere, e particolarmente la proprietà territoriale (1), e tutte le altre cose, che gli si appartenevano *ex iure quiritium* (2) affermando il tutto con giuramento, *in censum dedicare*. Quelli soggetti alla tutela (le donne nubili, *viduae*, ed i pupilli) erano rappresentati dai loro tutori.

§. XLIII.

La divisione dell'esercito avvenne colla formazione delle compagnie di cento uomini, *centuriae* con un capitano, *centurio*. Furono formate 18 centurie di cavalieri, sei patrizie, quali lo erano state da Tarquinio (ossia ciascuna di 200 uomini) e dodici plebee. L'infanteria pesantemente armata doveva consistere di 80 compagnie, ossia di 8000 uomini, tratti dalla prima classe, che doveva pure provvedere due compagnie di artefici degli utensili da guerra: 20 compagnie senza corazza, ma in tutt'altro armate nel medesimo modo, dovevano essere scelte dalla seconda classe: lo stesso numero senza cosciale dalla terza: 20 centurie dalla quarta armate solamente con lancia e lungo scudo: 30 centurie dalla quinta con semplice balestra. La seconda fino alla quarta classe aveva da approvisionare due centurie di musici, che perciò erano incorporati nella quarta, e secondo Livio nella quinta, che vi novera anche gli *accensi* con una centuria avanti i *tubicines* e *cornicines* (3). I rimanenti cittadini al di sotto della quinta classe non avevano alcun posto nell'esercito, sebbene potessero essere obbligati a servire, quando eran provveduti di armatura. I soldati delle 80 centurie della prima classe addimandavansi *principes*, in quantocchè nell'ordine della battaglia formavano la prima linea, o almeno, quanto gli *hastati* erano alla prima linea, seguivano immediatamente: la parte maggiore di essi però tenevansi indietro col nome di *triarii*: i soldati della seconda fino alla quarta classe addimandavansi *hastati*. Quelli della quinta classe erano detti *rorarii*, i quali come truppe leggieri e bersaglieri dovevano cominciare la battaglia. Le centurie però non spingevansi sul campo nel loro pieno numero, 40 uomini rimanevano come riserva: sicchè la centuria attiva contava 60 uomini: due di queste centurie erano congiunte in un *manipulus* cooperante di accordo, che per i *triarii*, chiamavasi *ordo* e dovette ascendere soltanto alla metà di quel numero. Trenta di questi manipoli, ossia sessanta centurie formavano una legione, nella quale si scorgevano le diverse qualità di armi in una guisa proporzionata alle differenti classi (i *manipuli* degli *hastati* per esempio come 6 a 11), giacchè in tutto formavano sessanta centurie contro 80 del'a prima, e 30 della seconda classe, senonchè in quei 30 *manipuli* (3600 uomini) non sembrano compresi gli *ordines* dei *triarii*.

Questa fu la prima e fondamentale partizione, colla quale fu solo determinato qual numero e quali armi dovevano somministrare le differenti classi dei cittadini. Non una sola volta parlasi dell'obbligo personale del servizio militare degl' individui, che appartengono ad una centuria sotto un secondo rispetto d'un tal ordine, che anzi distinguesi in ogni classe un numero eguale, *centuriae juniorum* (*minorum annis sex et quadraginta*) e *seniorum*, dei quali soltanto i primi erano obbligati al servizio militare in persona. È dunque impossibile, (al che Niebuhr, e più particolarmente Huschke si pruovarono) poter conchiudere da ciò al numero dei cittadini in generale, e di quelli d'ogni singola classe. Quelle centurie ci esprimono soltanto la quantità dei soldati: e quella conchiusione sarebbe possibile, quando le truppe fossero state reclutate sul numero dei cittadini capaci alla milizia, ed inoltre secondo una proporzione che ci fosse nota; ma ciò non avveniva.

§. XLIV.

Noi ci facciamo ora a trattare del secondo e secondario rapporto di quella divisione. Nella medesima proporzione, nella quale

(1) *Praedia censui censendo, censui agri*. Cicerone, *pro Flacco* 32. Paol. Diac. *ex Festo v. censui censendo*, e non le *possessiones*.

(2) I terreni specificatamente col loro valore, le cose mobili certo non singolarmente, ma è dubbio, se distinte in determinate classi, o con una estimazione a peso e misura. Del resto estendevasi il *census* soltanto a quello, di cui un cittadino poteva dire: *meum est ex iure quiritium*, e non per dritto di obbligazione; come per contrario non sottraevansene dal valore i debiti.

(3) Anche Cicer. *De repub.* II. 22, li riporta nel medesimo ordine. Essi avevano senza dubbio una importanza militare (al che probabilmente accenna il loro nome *accensi velati*): ma come i musici, non formavano una classe di cittadini, che si armava da se stessa, ma erano armati e mantenuti a spese della quinta.

ogni parte dei cittadini era tenuta al servizio militare, dovea pure partecipare alla decisione degli affari pubblici. A questo scopo fu istituita sul fondamento di quelle centurie e classi, un'adunanza popolare, *comitia centuriata* (detta pure *comitiatus maximus*, perchè comprendeva tutti i cittadini), nella quale i cavalieri avevano 18 voci, i cittadini della prima classe ne avevano 80 ecc. Le centurie erano qui altrettanti *suffragia*, che formavano perciò delle distinzioni fra i cittadini capaci a votare, dei quali ciascuno doveva essere iscritto in una centuria per prendere parte nel *suffragium* di essa. Che soltanto le sei centurie dei cavalieri patrizi fossero denominate le *sex suffragia*, nell'adunanza popolare e tutte le centurie plebee per contrario *centuriae*, ne è ragione, che la novella costituzione non dava alle prime la qualità di centurie ma solamente quella di *suffragia* (1); mentre i plebei soltanto mediante un tale novello ordinamento avevano le centurie, dalle quali dipendeva per essi il *suffragium* nell'adunanza popolare. Questi *comitia centuriata* non debbono essere confusi coi militari, dei quali fu fatto parola precedentemente, avendo comune soltanto il loro numero per ogni classe, e non la loro composizione (2). E siccome i comizi comprendevano tutti i cittadini ed anche quelli non obbligati al servizio militare, vi erano più centurie nell'adunanza popolare di quelle che fossero le militari. Le centurie destinate al servizio militare con quelle dei cavalieri dei *fabri* e musici erano 192, nelle quali contenevansi probabilmente anche gli *accensi velati*: se queste avessero formato come Niebuhr opina due centurie particolari, il numero delle militari sarebbe stato di 194. A queste aggiungevasi nell'adunanza popolare una centuria dei proletarii o *capite censi*, che Dionigi chiama una sesta classe, mentre tutti gli altri scrittori ammettono con ragione soltanto cinque classi. In tal modo l'adunanza popolare componevasi di 193 centurie (3). Oltre quelle eravi ancora una *centuria ni quis scivit*, nella quale a modo di supplemento potevano votare quei cittadini, che a caso eransi trovati esclusi dalle loro centurie, perchè i *comitia centuriata* rappresentassero realmente l'associazione di tutti i cittadini: le determinazioni di quelli non erano differenti dalle altre di tutti i cittadini capaci di votare, sebbene prese posteriormente.

A quest' asssemblea popolare appartenevasi la legislazione, la decisione sulla guerra e sulla pace, l'elezione dei magistrati, ed in ispecie dei due pretori o consoli, che dovevano tener le veci del re (4), (senza dubbio uno plebeo e l'altro patrizio) (5) ed infine il giudizio sul *caput civis*. Tutti gli antichi scrittori osservano quale importante preponderanza acquistarono le ricchezze nello stato per una tale novella costituzione. La prima classe aveva 80 voti di 193, ed in queste 80 centurie dividevasi un numero certo molto piccolo in confronto coi rimanenti cittadini, mentre quello senza alcun paragone molto maggiore dei cittadini delle altre quattro classi nella somma aveva pochi voti di più, essendo la moltitudine dei *capite censi* ristretta in una sola centuria. Sicchè la prima classe quando era unita abbisognava del solo accordo delle centurie, che erano ad essa subordinate (alle quali appartenevano anche i *sex suffragia*, che votavano dopo la prima classe) e di poche altre delle seguenti per avere una maggioranza di 97. Rendesi pure manifesto quanto venne favorita la plebe da una tale costituzione: i patrizi avevano soltanto sette voti; e quando pure si volesse ammettere, che rendevasi loro possibile esercitare moltissimo potere su i voti della maggior parte delle centurie per mezzo dei loro clienti, è da porre mente che ciò non era costituzionale, e che doveva ferire il loro orgoglio esser ridotti a giovarsi d' un tal mezzo. A ciò si aggiunse l' istituzione dei cavalieri plebei, e l' introduzione dei plebei nel senato, che furono egualmente una parte delle riforme servia-

(1) Esse potevano dire, che anche i loro comizi curiali potevano esser detto *centuriata*, giacchè si fondavano sopra una divisione di tre volte cento, che aveva una importanza militare. Io credo che sia questo il significato tanto variamente inteso delle parole di Festo in Paol. Diacon. *centuriata comitia item curiata dicebantur*. Huschke, p. 114 fa questa giusta e da lui ragionata osservazione, ma viene falsata da un errore di stampa: *quia populus romanus per centenas turmas divisus erat*.

(2) Le due centurie dei musici davano alla classe, che li sostentava due voci di più, ma con ciò non è detto, che nell'adunanza popolare avessero votato i musici sotto il nome di queste centurie. Di più nelle centurie militari entravano i *filii familiae*, ma non nell'adunanza popolare. Gell. *Noct. att.* V. 19.

(3) Secondo Niebuhr 195.

(4) Liv. I. 60. *duo consules inde comitiis centuriatis a praefecto urbis ex commentariis Servii Tullii creati sunt*. Dion. IV. 40.

(5) Niebuhr I. p. 445. 546.

ne (1), ed infine il console plebeo, che doveva governare per l'avvenire unitamente col patrizio. Quando noi ricordiamo la precedente condizione politica della plebe anche al tempo della formazione delle loro tribù, che probabilmente fu l'opera di Servio nel principio del suo governo, quale difficile intrapresa non dovette essere questa per un re, anche quando un governo lungo saggio, e felice al di fuori gli avessero dato forza ed autorità!

§. XLV.

Ma una tale costituzione di Servio non fu mai attuata appieno nè sotto lui nè sotto i suoi successori: solo dopo l'espulsione dei re essa fu non ristabilita, come gli scrittori posteriori affermano, perchè la dicono annullata dall'ultimo re, ma introdotta; come pure le fonti, dalle quali fu conosciuta, non sono le leggi, ma i *commentarii Servii Tullii*. È certo, che il consolato, punto fondamentale della intera costituzione, non fu introdotto a quel tempo, come anche l'ammissione dei plebei nel senato avvenne probabilmente sotto i primi consoli: per il quale tempo havvi delle pruove decisive (2). In generale però Servio attuò i suoi disegni soltanto negli ultimi tempi del suo governo: e Livio racconta, che gli fu vietato d'introdurvi il consolato per la crudele morte, alla quale soggiacque (3). L'alleanza dei patrizi col suo successore, e la sua morte tenderono ad impedire l'esecuzione del suo proponimento tanto specificatamente lavorato e compiuto: il successo ne sarebbe stato inconcepibile, quante volte fosse riuscito al re dare allo stato la forma, alla quale mirava, anche senza il consolato, ed ai plebei una condizione politica, che avrebbe assicurata al loro benefattore un sicuro patrocinio contro i suoi nemici. L'opinione degli storici, che la costituzione fosse stata attuata tacitamente è troppo naturale, perchè fosse necessario supporre, ch'essi vi fossero stati persuasi da pruove certe. Ciò però non esclude, che molte cose, ed in ispecie, quelle di semplice apparecchio, non sieno state attuate da Servio, altre forse furono trovate utili ed ammesse anche dal suo successore. Così pure è pruovato, che il censo fu introdotto dall'istesso Servio, e che il bisogno d'una numerosa forza guerriera dovè far sentire la necessità dei cavalieri plebei (4). In generale può affermarsi, che l'elemento puramente militare della novella costituzione fu attuato fin da quel tempo.

§. XLVI.

Servio statuì anche sull'ordine giudiziario. Raccontasi, ch'egli abbia istituiti dei giudici per le controversie private (5). Posteriormente si fa menzione di due giurisdizioni già esistenti, dei *decemviri litibus iudicandis*, e dei *centumviri*, dei quali indubitatamente i primi sono i più antichi: i secondi (nel solo frammento che accenna alla loro istituzione), sono posti in connessione colle tribù plebee, e particolarmente poichè il loro numero era cresciuto a 35 (6). Un tal fatto, che l'esistenza dei *centumviri* è pruovata soltanto per un tempo posteriore, e che a questo precedettero incontestabilmente i decemviri, contradice alla opinione, che ritiene che fossero stati istituiti da Servio, sebbene il principio plebeo sul quale si fondano, risponda alla mente ed all'intendimento delle istituzioni serviane. L'esistenza dei decemviri per contrario è pruovata dalla *lex horatia* per l'anno 305, e perchè questa vi accenna come ad una istituzione già esistente, deesi ritenerla come anteriore: *ut qui tribunis plebis aedilibus iudicibus decemviris nocuisset, eius caput Jovi sacrum esset* (7). Come in altri punti così anche in questo le leggi oraziane seguirono probabilmente le valesiane, delle quali può affermarsi, che avessero istituiti i *iudices decemviri* immediatamente dopo la espulsione dei re. Sono questi perciò i giudici di Servio. Ritengo nondimeno per erronea l'opinione di Huschke

(1) Walter, *Storia del dritto romano*, p. 80. nota 19.

(2) Anche per i comizi centuriati occorre una pruova indiretta, che non furono convocati sotto i re. Cicer. De *rep.* II. 31, ritiene la *Lex Valeria Publicola* come la prima emanata da quei comizi.

(3) Livio, I. 1. 8.

(4) Dion. IV. 44.

(5) Dion. IV. 25.

(6) Paol. Diacon. *ex Festo v. Centumviralia judicia.* Che che del resto si voglia pensare della probabilità della notizia dataci da un tale brano, sembra almeno risultarne, che anche Festo non conosceva alcuna pruova, che facesse risalire l'origine dei giudizi centumvirali fino a Servio.

(7) Liv. III. 55. Non è dubbio, che in questa legge non debbonsi disgiungere le parole *iudices Decemviri*, sebbene molti interpetri romani divisero le due parole opinando, come Livio afferma in contradizione con se stesso, che colla parola *iudices* si accenni ai consoli: altri interpetri più recenti con molta minore apparenza di verità vollero intendere per *iudices* i *centumviri*.

sulla giurisdizione popolare per le quistioni puramente private, alla qua'e fosse stata sostituita la decemvirale e posteriormente la centumvirale (1). I pontefici furono quelli, ai quali vennero sostituiti i decemviri, e che con una tale istituzione avrebbero conservato l'autorità di semplici *iuris consulti;* di che sarà ampiamente trattato quando sarà parola del seguente periodo della storia romana. I decemviri però furono senza dubbio tratti dal senato, che si appalesa come possessore dei *iudicia* anche nei tempi molto posteriori.

§. XLVII.

Il settimo re era di animo altiero e dispotico, che ponendo la sua volontà al di sopra d'ogni cosa fè bentosto presentire al senato, ch'egli sebbene elevatosi col loro appoggio non intendeva fare il piacer loro. Egli rappresentò lo stato esternamente con intelligenza e forza, fè eseguire in Roma magnifiche opere di architettura, alle quali dovettero contribuire i patrizi come i plebei. Da ciò fu denominato *superbus* dal popolo che per altro ubbidivagli volontariamente, come è uso fare verso tutti gli spiriti, che creano ad esso una forte ed esterna grandezza. Egli stesso non avrebbe perduto il governo, che amministrò per molti anni con molta capacità, ma il suo misfatto contro il suo suocero Servio fu punito dall'orgogliosa stoltezza dei proprii figli, che occasionarono la sua espulsione e la caduta del governo monarchico in Roma.

Il primo periodo del consolato.

§. XLVIII.

L'espulsione del re fu opera dei patrizi, ai quali erasi associata la plebe, potendo noi considerare come rappresentante di questa L. Bruto. Tarquinio Superbo aveva dispoticamente fatta poca differenza fra le classi, avendo piuttosto favoriti i più ingegnosi dei plebei. L'eguale soggezione aveva pareggiate si nell'opinione dei plebei che nel prestigio esterno le due classi. Ora dipendeva la difesa dello stato contro i potenti soccorsi, che l'espulsa famiglia trovò al di fuori, dall'accordo di entrambe, e dal buon volere della plebe. I patrizi dovettero piegarsi a concedere quello, al quale s'erano opposti venticinque anni prima.

Per accordo fra i principali rappresentanti del partito fu infine attuata la costituzione serviana, ed avanti tutto furono convocati i comizi centuriati coi loro dritti di legislazione, di alta giurisdizione sul *caput civis*, della decisione sulla pace e sulla guerra, della scelta dei magistrati. Questo fu eseguito mediante le *leges Valeriae* (245). Due consoli annuali, o come addimandavansi a quel tempo *praetores*, ebbero il sommo governo, dei quali uno dei primi fu il plebeo Bruto. I plebei furono ammessi nel senato, distinguendosi perciò due classi di senatori, *patres* e *conscripti*. Non sembra però, che si fossero presi i necessari provvedimenti, perchè la partecipazione della plebe al senato si fosse conservata anche per il tempo a venire e nella debita proporzione; come pure molto meno conservossi la partecipazione di quella al consolato: dopo Bruto non occorre nei tempi posteriori alcun console plebeo.

In ciò consisteva l'eccessiva preponderanza dei patrizi sulla plebe, sebbene questa col suo intervento nei comizi centuriati fosse riconosciuta come parte del popolo sovrano, del *populus romanus quirites*. A questi comizi nulla potevasi rappresentare che non lo fosse per mezzo dei consoli, e non prima che vi avesse deliberato ed assentito il senato. Non fa bisogno supporre una conferma delle determinazioni dei comizi centuriati nei curiati per pruovare, che i plebei negli affari, che dovevano essere discussi davanti ai più alti comizi, avevano un potere puramente negativo, e che non porgevasi loro alcun mezzo legislativo per prendere l'iniziativa di qualunque affare ed in qualunque siasi modo. Giacchè nelle adunanze popolari dovevasi soltanto assentire o rigettare la proposizione del senato non facendosi facoltà ai votanti di proporne altra in luogo di quella. Senza l'assenso del senato dunque non potevasi avere alcuna *lex centuriata*, ed in esso la prepoderanza dei patrizi fu per molto tempo sempre decisiva. Oltre a ciò, anche quando il senato ed i consoli fossero stati alle volte inchinati per speciali considerazioni a trascurare gl'interessi patrizi, in alcuni casi particolari tutta la classe di questi dovevano nei comizii curiati sancire le deliberazioni centuriali, senzachè non avrebbero potuto avere alcun effetto. Una tale conferma con una *lex curiata* avveniva quante volte trattavasi d'una consacrazione religiosa, che non poteva esser data

(1) Egli legge in Gajo (IV. 15.) *ante eam autem legem populus romanus dabatur iudex*. A me sembra che una tale lezione sia contraddetta dalle stesse parole *dabatur iudex*, cui nessun giureconsulto avrebbe usate d'un popolo.

dai comizi centuriati come nel caso di cambiamento della costituzione, della introduzione di novelli *magistratus populi romani*, e della elezione dei consoli, che riconoscevano il loro *imperium* da una *lex curiata* (1). Non può dubitarsi, che le curie potevano a quel tempo negare il loro assenso: e sebbene un tale diniego avesse dovuto essere giustificato da una ragione religiosa, di somiglianti non potevano aver difetto i patrizi quando avessero avuto il talento di usarne.

Sebbene la plebe non ostante il suo predominio nei comizi centuriati, avesse una parte proporzionatamente molto minore nel governo delle cose pubbliche, pure gl'individui erano garentiti contro qualunque abuso del potere consolare appellandosi a quei comizi. Ma anche una tale garantia valeva solamente *intra primum urbis miliarium*, e non in una lontananza maggiore dalla città e nè anche nell'esercito, quando era guerreggiante. Eravi pure un magistrato, la dittatura, contro cui era negato in generale l'appello (2). Huschke con una molto felice combinazione ha posto in connessione col *census* il dittatore, o *magister populi*, al quale era associato un *magister equitum*, come al re un *tribunus celerum* (3). Fu suo ufficio assistere alla formazione del censo da ripetersi per ogni periodo di dieci anni, da cui conseguiva una nuova ricomposizione dell'adunanza centuriale per la possibilità del passaggio di un cittadino da una classe in un'altra a causa del cambiamento della sua proprietà censibile: era questa la causa, per la quale egli non era scelto dai comizi centuriati ma dai curiati indipendenti dell'attività della sua magistratura (4), come pure, che non ammettevasi alcun appello da lui ai comizi centuriati. Sei mesi durava la magistratura del dittatore, dovendo per le commessegli funzioni sostituire anche il re, come per alcuni sacrifizii il *rex sacrificulus* o *rex sacrorum* (5). Ma bentosto il dittatore addivenne un magistrato straordinario nominato in quei casi, nei quali sentivasi la necessità d'un illimitato potere: ed in ispecie fu utile sovente come mezzo per vincere l'opposizione dei plebei.

§. XLIX.

Chi può affermare, che sarebbe stato impossibile ai patrizi conservarsi il governo quasi illimitato, e mantenere la plebe in una tale sottoposta condizione, quando il senato ed i membri del patriziato politicamente più importanti, avessero potuto ispirare nella rimanente classe quell'alto sentimento puramente diretto al potere politico, dal quale senza dubbio erano animati essi stessi? Ma questa considerava la potenza della sua classe soltanto come un mezzo di soddisfare le sue personali passioni ed interessi, orgoglio ed avarizia (6). La maggioranza dei patrizi usava della preponderanza della sua classe per rovesciare sulla plebe i pubblici pesi, e per arricchirsi con eccessive usure occasionate dal bisogno di molti plebei, non limitate da alcuna legge, e garentite da un durissimo dritto, e da tribunali patrizi. Le guerre infelici contro gli alleati del re espulso avevano danneggiata la proprietà di molti plebei, senzachè proporzionatamente tali perdite minorassero fino al prossimo censo le pubbliche imposte fondate sul precedente estimo. Il servizio militare era un durissimo peso, giacchè doveva esser prestato a proprie spese (7), al quale aggiungevasi il *tributum*, che era imposto secondo il bisogno, e quindi spartito fra gli individui proporzionatamente al censo, *tributum ex censu* (8). Questo era imposto solo quando l'avere dello stato non bastava per le spese pubbliche; il quale caso poteva allora avvenire ogni anno, (sebbene i soldati non ricevessero alcuno soldo), stantechè le guerre infelici non apportavano alcun bottino all'erario.

(1) Cicer. *Agrar.* II. 10-12.

(2) Fest. *v. optima lex.*

(3) *Costit. di Servio*, p. 577.

(4) Tardi venne la nomina dei consoli sulla proposizione del senato, Niebuhr, I. p. 591.

(5) Liv. II. 2 Ambrosch, op. cit. cap. II. p. 41-73.

(6) — *factione respectuque rerum privatarum, quae semper obfecere obficientque publicis consiliis* — Liv. II. 30.

(7) Non prima della metà del quarto secolo cominciò il soldo, *aes militare*: Livio, IV. 59. (Senza valide ragioni è ciò contradetto da Mommsen, *le tribù romane*; p. 51.). Al cavaliere per contrario era assegnato un *equus publicus*, ossia egli riceveva una sola volta come *aes equestre* 10000 *asses*, dai quali doveva sempre provvedersi di cavallo. Livio, I. 43: nel medesimo tempo gli era pure data una somma per il nutrimento, *aes hordearium*. L'uno e l'altro *aes equestre* ed *hordearium* era gravato sulle donne e sui figli liberi dalla potestà altrui (*viduae et orbi orbaeque*) per tener luogo del servizio personale da prestarsi dagli altri cittadini, e dell'armamento e sostentamento dovuto dai proletarii.

(8) Era ordinario un *as* per mille. Niebuhr, II. 456. Era questo però il *simplum*, che poteva essere accresciuto secondo il bisogno.

I patrizi non pagavano il *tributum in censu*, giacchè, secondo la costituzione serviana, la loro condizione politica non dipendeva dalla proprietà. Il *tributum in capita* imposto sopra ciascun *caput* secondo una misura arbitraria occorre per i cittadini, che erano anche al di sotto dei plebei; con più ragione dunque ne dovettero essere stati esenti i patrizi; i quali potevano esserne richiesti soltanto per una imposta straordinaria, *tributum temerarium* (1). I plebei ammiseriti, che erano obbligati di prendere a prestito per adempire alle obbligazioni pubbliche ed al sostentamento delle loro famiglie, caddero nelle mani dei patrizi meno tocchi dalle pubbliche calamità, e che compierono la loro rovina con eccessivi interessi. I ricchi avevano piene le case di schiavi debitori incatenati, e trattati nel modo più duro. Questo procedere della maggioranza della classe patrizia, ed il suo sentimento politicamente imprudente, ed unicamente diretto all'utile privato, che colla morte dell' espulso re seguita nell'anno 259 fu sciolto dall' ultimo freno, dettero il primo colpo contro il dominio de' patrizi, non essendo divenuti più saggi per esperienza.

Nell' anno 260 di ritorno da una spedizione, la parte plebea dell'esercito si ridusse alla vicinanza della città sopra un monte, che posteriormente da ciò fu detto sacro, e negò di rientrare in città. La rimanente plebe raggiunse le truppe plebee, o si tenne sul monte aventino segregata dai patrizi e loro clienti. È questa la prima *secessio* della plebe, *secessio in montem sacrum*, che minacciava di disgiungersi dallo stato, fondandone un novello. Se ciò fosse avvenuto, si sarebbero formate due metà del precedente stato, e la storia di Roma sarebbesi chiusa in questo momento.

PERIODO II.

Conseguenze della secessio.

§. L.

La plebe si ricongiunse allo stato ottenendone alcune concessioni, per mezzo delle quali furono in parte rimossi i pesi gravitanti sugl' individui, in parte si prometteva all' intera classe plebea una sicurtà contro ogni futura violazione.

È molto probabile, che i *tributa comitia* prendessero una forma novella, giacchè da questo tempo non furono formati dalle sole *tribus urbanae*, ma anche le *rusticae* v' intervennero come tribù speciali: il numero di tutte le tribù era a quel tempo di 21 (2). Forse fu restituito loro il carattere di veri comizi, mentre sino a quel tempo si ebbero quello di semplici concioni, ossia di tali adunanze, che i magistrati convocavano per proporre ai loro componenti qualche cosa, per persuaderli ad una attività e a tutt'altro fatto fuori l'adunanza, o per mettere in deliberazione una proposta (3). Se fino a quel tempo vere *rogationes* furono presentate ai *tributa comitia*, e rilasciati dei *plebiscita*, è probabile, che ora a tali determinazioni della plebe fosse data la possibilità di addivenire altrettante iniziative di vere leggi, potendo i tribuni proporle al senato (4), e che assentite da questo potevano essere presentate ai comizi centuriati (5).

A ciò si connette la nomina dei capi della plebe, *tribuni plebis* (differenti dai primitivi tribuni delle singole tribù), i quali sono particolarmente considerati dagli antichi scrittori storici come conseguenza della *secessio* (6). Il loro numero fu fissato a cinque (7):

(1) Fest. *Tributorum conlatorum* (Uschke) *quam sit aliud in capita aliud ex censu, dicitur etiam quoddam temerarium, ut post urbem a Gallis captam conlatum est, quia proximis* XV *annis census actus* (Niebuhr) *non erat. Item bello punico secundo M. Valerio Laevino M. Claudio Marcello coss. quem et senatus et populus in aerarium quod habuit detulit.*

(2) Livio II. 21: *Romae tribus una et viginti factae* (259). Dion. VII. 64. (263) dice, che a quel tempo vi erano 21 tribù: vi aggiunge l'osservazione, che 9 avevano votato per Coriolano, ossia tante, che per poco era fallita la parità dei voti, la quale avrebbe avuto per conseguenza l'assoluzione dell' accusato; e fa supporre, che vi fosse un numero pari di tribù. Ammesso pure un errore, è molto meno probabile, che questo si riponesse nel fatto delle 21 tribù (come Mommsen p. 6 presume) che nella glossa dello scrittore.

(3) Gellio, XIII. 15: — *cum populo agere ste rogare quid populum, quod suffragiis suis aut jubeat aut vetet, concionem autem habere est verba facere ad populum sine ulla rogatione.* Vegg. XVIII. 7.

(4) Essi non avevano, come i magistrati, il dritto d'introdursi nell' adunanza del senato, ma soffermandosi sulla soglia facevano di là le loro comunicazioni. Valer. Mass. II. 2. 7.

(5) Di questo processo ci vien porto da Dionigi (X. 32.) un esempio molto particolarizzato. È pure confermato da altre rogazioni dei tribuni nei tempi posteriori.

(6) Livio, II. 33.

(7) Siccome due erano i capi del collegio, perciò molti autori non ne ammettono altri: Liv. II. 58. Ascon. *in Cornelianam* (Orell. pag. 76.)

dovendosi scegliere soltanto fra la plebe, ed erano *sacrosanti*, sicchè la loro violazione importava per l'autore la privazione di ogni sicurtà di dritto. Non possono esser considerati come veri magistrati (*populi*), giacchè erano semplici capi della plebe, ma di tutta, e non delle singole frazioni di questa; è perciò che si assimigliavano ai magistrati in molte cose importanti.

Essi non partecipavano positivamente del governo dello stato, come i *magistratus*, ma era riconosciuto loro un potere negativo potendo impedire col loro *veto* qualunque deliberazione del magistrato (1). Ciò però non era possibile senza un accordo fra loro, stantechè ogni tribuno aveva la facoltà di render vano col suo dissenso il *veto* dei suoi colleghi. Non poteva inoltre un tribuno per la medesima ragione condannare ad alcuna pena in denaro, *multa*, per sicurezza della sua autorità, ma gli si permetteva di accusare il cittadino, che erasi reso colpevole verso lui, per farlo condannare in una *multa* dai *tributa comitia*, ai quali riconoscevasi in ciò un potere assoluto ed indipendente da qualunque sanzione altrui (2).

§. LI.

L'elezione dei tribuni del popolo fu rimessa agli stessi comizi tributi colla *lex publilia* dell'anno 283, che dette una importanza maggiore a questi comizi: ma nel medesimo tempo fu aumentato a dieci il numero dei tribuni (3), che non fu certo un vantaggio per la plebe, ma si può considerare piuttosto come una concessione verso i patrizi, giacchè a cagione della necessità dell'accordo il numero maggiore era di ostacolo all'esercizio del loro potere (4). Sembra pure, che fosse stata novellamente rimossa l'esclusione dei patrizi da un tale ufficio (5).

Dionigi racconta, che oltreacciò furono condonati i debiti ai debitori poveri, e rimessi in libertà quelli divenuti già schiavi per una tale causa: fu questo un attentato ai dritti privati per considerazioni politiche, ma ne fu il motivo che coloro, i cui dritti vennero menomati, avevano usata la loro posizione politica per l'acquisto e l'estensione di questi dritti: essi furono misurati colla loro propria misura (6). Nel medesimo tempo egli dice, che si fosse promesso di regolare per l'avvenire legislativamente il dritto relativo ai debiti. Può ciò considerarsi come un primo concepimento della legislazione delle XII Tavole.

§. LII.

Le relazioni delle due classi non potevano fermarsi al punto, nel quale trovavansi. Perchè si avrebbero arrogato i tributi comizi la capacità della iniziativa delle leggi, se non avessero dovuto farne uso per lo svolgimento posteriore della costituzione? E la condizione delle cose rendeva in molti punti essenziali necessario un tale uso. Le leggi sul potere dei consoli erano molto vaghe, e lasciavano un pericoloso campo all'arbitrio: l'incertezza dei suoi limiti rendeva insufficiente anche il patrocinio dei tribuni. Uno stato in cui il potere del magistrato supremo è limitato dalla sola possibilità del *veto* d'un altro, e dal quale in molti casi può anche schermirsi, non sembrerà ad alcuno un ordine saggio: sarà esso stesso in certo modo d'incitamento per un tale magistrato di spingere sino all'estremo la sua autorità. Certo la plebe aveva acquistata coscienza della sua forza colla *secessio*, che poteva essere ripetuta in tutti i casi di bisogno; ma aver sempre presente un mezzo estremo e distruttore del bene pubblico e privato doveva sembrare una calamità ad ogni plebeo bene avvisato e sincero amatore dell'ordine giuridico. La plebe avrebbe potuto fidare sul senato non perchè alcuni plebei v'intervenivano, ma quando la politica della sua maggioranza fosse stata costantemente moderata, e desiderosa del bene; ma la saviezza del senato era troppo sovente attraversata nella sua attività dalla passione, dall'acciecamento e dal privato interesse dei

(1) Nel magistrato può distinguersi un doppio potere, l'amministrazione positiva delle faccende pubbliche commessegli, e quello di opporsi agli atti dei magistrati eguali o minori. I tribuni della plebe avevano soltanto quest'ultimo dritto (sebbene sotto diversa forma) ma in una grande estensione: si potrebbero perciò denominare quasi magistrati.

(2) Dion. VII. 17. Il primo esempio d'una simigliante accusa fu quello di Coriolano. Dion. VII. 64.

(3) — *bini ex singulis classibus* — Livio III 30 dice che ciò avvenne nell'anno 297.

(4) Ogni tribuno aveva il *veto* contro i suoi colleghi al pari che contro gli altri magistrati. I frammenti, dai quali vorrebbesi desumere, che nei primi tempi fosse stata decisiva la pluralità dei voti (Walter, *Storia del dritto romano* p. 89. 101.) dicono tutt'altro.

(5) Fra i tribuni dell'anno 306 si noveravano due patrizi: Livio III. 65.

(6) Dion. VI. 83. Cicerone, *de repub.* II. 34. si querela soltanto che non si fosse usato di buon'ora questo mezzo per prevenire con esso l'aumento della potenza plebea.

rimanenti membri della classe patrizia (dei *iuniores patrum*).

Se in tal modo il dritto puramente pubblico manifestavasi tanto imperfetto, in uqual modo il dritto privato era occasione di frequenti ingiustizie si per la sua ineguaglianza, come pure per la sua indeterminazione. I più eminenti plebei sentivansi offesi dal divieto del connubio fra essi ed i patrizi, il quale divieto essendosi originato da una ragione puramente politica, era stato al tutto inoffensivo; ma nella presente costituzione continuando solamente per alterigia di classe, faceva pruova di spregio verso la classe inferiore. I plebei minori erano dall'altra parte oppressi dalla durezza del dritto relativo ai debiti, secondo il quale tutto era rimesso all'arbitrio del creditore. Gli uni e gli altri soffrivano per l'esclusione dalla *possessio* del *ager publicus* che può ben ritenersi come esistente a questo tempo, e che era stimata tanto più ingiusta, in quantochè quelli, che portavano in maggior parte i pubblici pesi, dovevano pure partecipare d'un possesso non gravato d'imposte e delle terre, che erano state conquistate col loro sangue in guerre faticose. Le *assegnazioni*, che avvenivano di tempo in tempo non vi faceano alcun rimedio, si perchè erano gravate d'imposte, come pure perchè un tal beneficio limitavasi ai più poveri, ed ordinariamente aveva per condizione l'obbligo di seguire una colonia per fini militari, e quindi vi si connetteva un pericoloso servizio, come pure perchè simiglianti *assegnazioni* dovevano esser fatte con molta parsimonia, quando non volevasi sottrarre allo stato dei beni, che avvisatamente usati alleggerivano moltissimo i pesi civili (1).

A ciò aggiungevasi: che l'ammistrazione era tutta nelle mani dei patrizi, e le procedure cominciavano davanti ai consoli; e le indagini e le decisioni erano fatte dai patrizi *iudices decemviri*, e patrizi erano pure i *pontefices*, che avevano a deffinire le quistioni di dritto. Il dritto non era per se stesso un segreto, essendo un fatto di coscienza dell'intero popolo, ma la realtà e l'applicazione di esso dipendevano da forme che il semplice cittadino non conosceva al tutto o almeno non abbastanza per applicarle sicuramente, e che in parte pure non poteva conoscere in quanto riferivasi al *ius sacrum*; ed in fine era sempre rimesso alla buona volontà del giudice, che vi ostava forse per sentimenti politici.

§. LIII.

Da tutto questo si spiega, come dopo la *secessio* dovette originarsi nella plebe il pensiero della necessità d'una composizione legislativa del dritto, che addivenne bentosto un desiderio generale, una ferma persuasione, che era questo il mezzo per ovviare a tanti mali, e di cui cominciò a farsi in fine ripetuta istanza ai patrizi per l'organo dei tribuni, e dei *tributa comitia*. In quelle condizioni storiche una determinazione stabile del dritto doveva per se stessa ed astrattamente dal contenuto manifestarsi come un vantaggio, giacchè in tempi di diffidenza e di agitazione politica la parola importa per se stessa una certa sicurtà; ma la plebe poteva sperare da una tale compozione anche molti materiali cambiamenti nei rapporti giuridici, giacchè è facile piegarsi ad innovazioni, quando il tutto prende una novella forma, e molte dure iniquità alle quali non si pon mente nella pratica silenziosa, ripugnano ad essere pronunziate espressamente. Un tale pensiere dovette essere ventilato inutilmente fin dal tempo della *secessio*, quando infine il tribuno *Terentillus* fè deliberare ai *tributa comitia* nell'anno 292: *ut quinque viri creentur legibus de imperio consulari scribendis* (2), coll'intendimento di darne l'esecuzione ai plebei: richiedevasi il troppo, perchè si ottenesse il giusto. La *rogazione* venne evitata dal senato, ma fu ripetuta l'anno seguente dal medesimo tribuno l'istanza per la formazione per mezzo di decemviri d'un codice di dritto pubblico e privato (3).

Vari tentativi furono fatti in questo tempo per quietare per via di concessioni la plebe sui proprii mali. Una molto importante assignazione di terre nuovamente conquistate, e di altre di antica proprietà dello stato, alla quale furono aggiunte molte limitazioni relative al possesso patrizio dei beni comuni, fu seguita nell'anno 268 dalla legge di Cassio, patrizio il più intelligente fra tutti gli altri della sua classe, e perciò odiato da questi. Forse è pure da allogare in questo tempo la *lex pinaria*, che permetteva alle parti in alcuni fatti giuridici, e particolarmente in quanto riguardava i debiti, indicare il giudice, al quale il magistrato

(1) Livio IV. 36: — *spes — vectigali possessoribus agrorum imposito, in stipendium militum erogandi aeris*. Niebuhr II. 177.

(2) Livio III. 9.

(3) Liv. III. 10. Dion. X. I.

mandava per la decisione in luogo di rimetterla al tribunale permanente dei decemviri. L'importanza di questa legge si ripone nella esclusione di questo tribunale al tutto indipendente dalla elezione del magistrato e delle parti, e nella inaugurazione del principio, che Cicerone esprime colle seguenti parole: ***neminem voluerunt maiores nostri esse iudices, nisi qui inter adversarios convenisset.*** Certo il dritto di elezione non era illimitato: ma non è probabile, che un tale giudice dovesse essere scelto fra i decemviri, come pretendono coloro, che vogliono leggere in Caio: *dabatur ex decemviris* XXX *iudex*. Per quanto ci vien pruovato per i tempi posteriori, può ritenersi, che il giudice della *lex pinaria* doveva essere scelto fra il senato.

Fu posto un limite anche al dritto dei magistrati di pronunziare una multa contro i colpevoli. Questa consisteva in pecore e bovi, cominciando il magistrato dal condannare al pagamento d'una pecora; ma in caso di ostinatezza del colpevole di due e di un bove, fino a trenta bovi; è perciò che vien detta *multa*; la quale parola secondo Varrone i coloni a suo tempo usavano imbottando il vino. Ciò è significato, quando dicesi che due pecore e trenta bovi erano la *suprema et maxima multa* (1). Questa misura è attribuita in alcuni dei citati frammenti ad una legge dei cons. Menenio e Sestio soggiungendosi, che posteriormente ne fosse stato dalla legge Tarpeia (o Aternia, la legge dei cons. Tarpeio ed Aternio) fissato il valore in denaro, una pecora per dieci, un bove per cento *asses*: in altri luoghi la introduzione della misura è attribuita a quest'ultima legge dell'anno 300. Il consolato di Menenio e Sestio non è del resto anteriore ma posteriore, ossia dell'anno 302. È probabile, che la cosa avvenne nel seguente modo. Le due pecore e trenta bovi valevano negli antichissimi tempi come *suprema multa*; ma il loro valore in denaro non essendo determinato legislativamente, era rimesso perciò all'arbitrio dei magistrati: in tal modo quella misura addiveniva al tutto illusoria. Un tale arbitrio fu rimosso nel principio del quarto secolo con una deliberazione legislativa, ed in tal modo venne realmente stabilita una misura certa la quale poco più di venti anni dopo con una valutazione minore delle pecore e dei bovi fu menomata mediante una legge dei consoli Papirio e Giulio (324). In tal modo si chiarisce, perchè la misura della multa potè essere attribuita alla legge tarpeia o aternia, ed anche ad un tempo anteriore: entrambe le opinioni sono vere in un certo senso.

Tutto questo però non bastava per sopprimere nella plebe il desiderio d'una legislazione generale. I patrizi dopo avere lungamente ritardato vi si persuasero infine: una novella magistratura composta di patrizi fu istituita nell'anno 303: ***decemviri legibus scribendis*** sostituirono il consolato ed il tribunato nel governo delle cose per dare novella forma al dritto privato e pubblico. Nel medesimo anno presentarono al popolo un codice in dieci tavole, che con altre due aggiunte nell'anno seguente furono assentite dai comizi. Sono queste le leggi delle XII Tavole (*lex decemviralis, duodecim tabularum*) il fondamento d'ogni ulteriore svolgimento del dritto romano, e come Livio le denomina, *fons omnis publici privatique iuris*.

Le XII Tavole.

§. LIV.

Il carattere delle leggi del XII Tavole fu concepito il più delle volte erroneamente, giacchè invece di rappresentarsi i bisogni e le idee di quel tempo, cercossi piuttosto applicare a quelle leggi le opinioni e le tendenze del presente. Che anzi secondo un ideale proprio, che ciascuno si ha formato d'un legislatore, alcuni attribuirono ai decemviri l'introduzione d'un dritto al tutto modellato sulle verità filosofiche e sui principii delle legislazioni straniere, altri li considerarono come semplici collettori delle leggi e delle

(1) Cic. *de repub.* II. 35. Fest. *v. ovibus duobus, peculatus*. Paol. Diac. *ex Festo v. maximam multam*. Gell. XI. 1. Plin. *hist. nat.* XVIII. 3. (*cautum quippe est, ne bovem prius quam ovem nominaret, qui indiceret multam*) Niebuhr, II. 341. In tutti i casi la *multa* non doveva eccedere la metà dei beni; il magistrato doveva piuttosto punire: *dum minore parte familiae taxat*. Fest. *publica pondera*. Haubold, *monumenta* n. VIII. p. 75. Una condanna maggiore non sarebbe stata una vera *multa*, ma una pena capitale, che non poteva essere imposta che per deliberazione del popolo. Giacchè se in generale la parte maggiore della metà dei proprii beni è pareggiato al tutto, così pure la *maior pars familiae*, è pareggiata alla *familia*, alla somma dei beni, che non potevasi perdere senza la *capitis deminutio*. Rudorff, *Giornale per la scienza storica del dritto* XV p. 245. n. 78.

consuetudini esistenti. L'una e l'altra opinione è lontana dal vero.

Avanti tutto deesi osservare, che non era ufficio dei decemviri introdurre un novello dritto in Roma. Gli antichi scrittori storici raccontano d'una spedizione fatta per raccorre i materiali per la legislazione in Atene per tradurvi le leggi soloniche, e nelle altre città greche per studiare le loro istituzioni e dritti (1), come pure fanno menzione d'un Ermodoro da Efeso, che avrebbe interpetrate ai decemviri queste leggi straniere (2). L'origine straniera d'alcune regole speciali è riconosciuta dai Romani: e Cicerone dice della legge di Solone sulle spese funebri, e sulla limitazione di queste: *quam legem iisdem prope verbis nostri viri in decimam tabulam coniecerunt:* e Cajo opina della legge sui *collegia*, che sembra che fosse stata tradotta dalla legislazione di Solone (3). Niente è più naturale che gli scrittori storici abbiano esagerato un tale elemento. Dionigi (X. 57) considera il dritto greco e patrio come l'elemento essenziale della legislazione romana, preponendo però al primo il secondo: tanto maggiore importanza hanno le sue parole, quando dice (XI. 44), che le leggi romane sono differenti dalle greche, e superiori a queste; il quale pensiero è espresso più decisivamente da Cicerone (*de orat.* I. 44); quando dice: che il dritto licurghico draconico, e solonico sia in comparazione di quello delle XII tavole *inconditum ac paene ridiculum*. Diversamente opinarono gli autori posteriori: uno scrittore del quarto secolo secondo il nostro calcolo molto ignorante, Aurelio Vittore (*de vir. illust.* 21), è di avviso, che tutto il contenuto delle XII Tavole sia dritto greco, e sino ai tempi più recenti furonvi dei dotti, che facendo uso almeno d'una qualche moderazione non ritennero una tale asserzione al tutto per incredibile.

L'elemento delle legislazioni straniere si limita ad alcuni particolari, che sono al tutto fenomenici, e perciò indipendenti dalle opinioni proprie e giuridiche d'un determinato popolo. Il dritto privato in ispecie rimase libero da un tale elemento. E se l'opinione contraria ha cercato afforzarsi sulla generale simiglianza di alcuni singoli principii giuridici, non è da obbliare, che tale similitudini occorrono fra i dritti di tutti i popoli, e quelle visibili fra la legislazione dei Greci e dei Romani, che avevano comunanza di origine non abbisognano perciò della congettura, che si avesse avuto il proposito di modellare l'una sull'altra. Sarebbe piuttosto necessario spiegare, perchè una tal comunanza di origine avesse avuto tanto poco potere sul dritto, perchè fu in questo molto meno visibile che nella lingua, della quale a niuno venne mai in pensiero di affermare, che fosse stata improntata da nazioni straniere.

L'ufficio dei decemviri consisteva nel formolare il dritto esistente e farvi ancora speciali innovazioni particolarmente sotto i rispetti politici e l'eguaglianza giuridica fra le due classi. Il primo proposito era nel concetto delle due classi; ed in molti punti i plebei desideravano meno un cambiamento che una sicurtà con una determinazione espressa delle leggi esistenti. A ciò mostravansi condiscendenti anche i patrizi, essendo interesse patrizio frenare per quanto era possibile una tale tendenza: della maggior parte delle leggi delle XII Tavole possiamo affermare, che avevano già forza giuridica in Roma precedentemente. Il secondo, la riforma, era il desiderio dei plebei per molti principii di dritto. Sotto alcuni riguardi vi riuscirono, come esempio per una determinazione stabile di molti punti rimessi prima all'arbitrio dei magistrati, per una maggiore equità del dritto vigente, come nell'esecuzione contro il debitore insolvente, per l'introduzione d'una misura degl'interessi. Il novello dritto doveva aver forza giuridica egualmente contro le due classi, quando non facevasene una eccezione speciale, ed una tale comunanza importava per se stessa una modificazione nella redazione di queste istituzioni.

Le leggi delle XII tavole comprendevano il dritto pubblico ed il privato. I frammenti, che pervennero sino a noi, riguardano in maggior parte quest'ultimo e quello che essezialmente vi si connette la procedura, che venne sottratta all'arbitrio dei magistrati, ed il *ius sacrum*, in quanto era capace di pubblicità: pochi si riferiscono al dritto pubblico. Da ciò però non ci è lecito conchiudere quale proporzione queste due parti essenziali del dritto romano avessero nelle XII tavole. La maggior parte delle leggi costituzionali era una pura antichità al tempo degli autori, nei cui scritti leggonsi quei frammenti: molte di esse non ebbero

(1) Liv. III. 31. 32. Serv. *in Virg. Aen.* VII. 695.

(2) Plin. *histor. nat.* XXXIV. 11. Pompon. *L.* 2. §. 4. *D. de orig. jur.* (1. 2.)

(3) L. 4. D. *de colleg.* (47. 22.) Ancor più cautamente si esprime il medesimo sul dritto relativo ai confini. L. 13. D. *fin. reg.* (10. 1.)

forse mai realtà. Col dritto privato per contrario anche le più importanti posteriori innovazioni rimasero in una perenne visibile connessione; sicchè quegli scrittori avevano più occasione di fare attenzione alle leggi del dritto privato, che alle politiche delle XII tavole. Lo stesso Cicerone (*de orat.* C. I. 43) dice: *totam civilem scientiam*, *descriptis omnibus civitatis utilitatibus ac partibus*, *duodecim tabulis contineri:* e forse possiamo anche giovarci dell'autorità di Ausonio (*Idyll*, XI. 61, 62.): *ius triplex*, *tabulae quod ter sanxere quaternae*: *sacrum*, *privatum*, *populi commune quod usquam est.* Volevasi certo, che la composizione fosse per quanto possibile compiuta per il dritto pubblico e privato, particolarmente per quest'ultimo; ma era naturale, che non si potesse riuscirvi, se non d' un modo approssimativo; molte regole non essendovi state comprese rimasero perciò come dritto non scritto.

Noi possiamo esprimere nel seguente modo il posto, che le leggi delle XII tavole occupano in quanto al loro contenuto nella storia del dritto romano. Nella trattazione del primo periodo osservammo, come il dritto pubblico comprendeva a sè negli antichissimi tempi il privato, come questo prese una esistenza al tutto dipendente da quello nella forma del *ius sacrum*, come il dritto privato o dei quiriti cominciò per opera dei plebei ad affrancarsi dalla preponderanza del pubblico, e si fece infine indipendente comprendendo nella sua sfera anche i patrizi. Questo passaggio del dritto privato alla indipendenza, e la limitazione del dritto pubblico e sacro nella loro propria regione è compiuto ed espresso colla pubblicazione delle XII tavole, il cui vero carattere non è quello di chiudere il passato, ma di aprire un novello avvenire. Con esse cominciò lo svolgimento del dritto puro privato, con cui il popolo romano esercita il suo potere sopra una posterità innumerabile, per la quale quelle leggi rimasero sino ai tempi posteriori il fondamento variamente elaborato, ma sempre redivivo delle più recenti legislazioni.

§. LV.

L'importanza delle leggi delle XII tavole si lascia conoscere meno dai frammenti, i quali ci pervennero, che presentire dai cenni generali su esse, e dal concetto che ne avevano i Romani. Nè l'originale nè una copia fedele ce ne fu tramandata. Esse erano pubblicamente esposte sopra tavole di bronzo. È comune opinione, che queste tavole fossero state distrutte alla conquista della città fatta dai Galli, quasi sessant'anni dopo la loro promulgazione, e posteriormente ristorate. Livio, sul cui testimonio una tale opinione si sostiene, si esprime in modo, che dalle sue parole potrebbesi intendere egualmente il contrario (1). Quando si dovessero letteralmente intendere alcune espressioni di S. Cipriano (2), sarebbero state esposte nel foro anche durante il terzo secolo. Che allora si conservassero ancora, è probabile: ma da quel tempo perderonsene le tracce (3). Il contenuto di queste leggi era compiutamente ed esattamente conosciuto in Roma. Fino al tempo della gioventù di Cicerone i fanciulli l'apprendevano a memoria: nella sua età più avanzata un tale uso era mancato. Le copie di esse non erano molto accurate, essendo state forse di mano in mano inavvertentemente accomodate nella espressione e scrittura al modo moderno. I romani studiosi delle antichità ed i giureconsulti le commentarono, ma nessuno di tali commentari pervenne fino a noi, fatta eccezione di pochi frammenti (4). Ma le XII tavole sono citate sovente dagli scrittori giuristi o non giuristi, e molti principii di esse sono riportati, alcune volte esprimendone il solo contenuto, altre volte ripetendo letteralmente le parole della legge. Queste citazioni meritano una illimitata fede, giacchè era dato a chiunque conoscerla o copiarla, senonchè non sempre debbonsi prendere a serio le citazioni letterali per la libertà, che gli antichi solevano prendersi in questa materia, facendo una eccezione per i grammatici in quei casi, nei quali riportano un principio per la lingua.

In tal modo quasi più di cento frammenti delle XII tavole trovansi sparsi negli an-

(1) VI. 1: *in primis foedera ac leges (erant autem eae duodecim tabulae et quaedam regiae leges) conquiri quae comparerent iusserent.*

(2) *Ep.* 2. 4. *Ad Donat. de gratia Dei.*

(3) L'opinione di Odofredo (1265) *in Dig. vet. L. 6. de just. et jure* .11.) che delle due ultime tavole si trovasse ancor qualche avanzo nel Laterano in Roma sebbene difficile a leggere, fu senza dubbio occasionata dalla scoverta d' un altro antico frammento di legislazione, del quale quel giureconsulto aveva una conoscenza superficiale.

(4) Tre frammenti del commentario di Labeone in Gell. (N. A. 1. 12. VII. 15. XX. 1.) e venti di quello di Caio nei Digesti di Giustiniano.

tichi scrittori di maggiore o minore grandezza, che non riportano tutti le parole, ma sovente si limitano al solo significato del principio. Su questi frammenti pruovaronsi gli scrittori fin dal sedicesimo secolo ricomporre le leggi delle XII tavole. Sulle prime limitaronsi a raccorle, ed ordinarle a loro talento: quindi tentossi allocarle in quell'ordine, che dovettero avere primitivamente (1). Tra questi tentativi è di maggiore rinomanza il lavoro di Gotofredo (2), il quale per essere più diffuso, ed anche più accurato in quanto riguarda la parte esterna, entra innanzi a tutti quelli dei suoi predecessori, e acquistossi una sì grande autorità, che alcuni e particolarmente i dotti non giuristi scambiarono in buona fede il contenuto di questa in parte arbitraria ristaurazione col testo autentico delle XII tavole.

I più degli innumerevoli raccoglitori e ristauratori incorsero in alcuni errori, dalle cui conseguenze è d'uopo guardarsi nel trarre profitto dai loro lavori. Essi ammisero frammenti non veri, sia erroneamente riportando alle XII tavole le citazioni relative ad altre leggi, o ritenendo le osservazioni dei commentatori come testo, o incorporarono nelle leggi le conseguenze di queste, e lasciandosi persuadere dalla semplice opinione, che un antico principio si appartenesse all'antico dritto, lo ammisero senza altre ragioni nelle loro ristaurazioni. Alcuni senza considerare più oltre ritennero come una copia delle XII tavole quel sunto, che Cicerone ne riporta nella sua opera *de legibus*, sebbene fosse anche più incompiuto dei veri frammenti. A ciò aggiungesi il tentativo di fingere per i principii che non ci furono conservati letteralmente antiche parole legali; trastullo, che non ha alcun valore (3). In questo errore incorse anche Gotofredo, che fu per altro in gran parte esente da molti altri: ma ben diverso è il lavoro di Dirksen, la cui raccolta lascia molto poco a desiderare.

Molto più difficile riesce ridurre i frammenti nel loro ordine primitivo. Molte cose possonsi mettere a profitto a tale proposito. In pochi casi l'autore delle citazioni indica la tavola, dalla quale fu tratto il principio (4). Di molto utile riescono i frammenti dei sei libri del commentario di Caio, in quantochè può ritenersi, che una materia in questo o in quel luogo trattata dal commentatore doveva anche far parte delle leggi delle XII tavole. Per la simiglianza dell'ordine dell'Editto Pretorio con quello di dette leggi, le pruove relative al primo possono servir di fondamento a delle congetture per le seconde. Un qualche soccorso ci vien porto infine dal fatto, che le dieci prime tavole formavano un tutto, e le due ultime una semplice giunta; la qual cosa non esclude, che queste ultime, sebbene interamente nuove, non contenessero delle materie già contenute nelle prime. È da porre mente inoltre, che sarebbe stoltezza affermare, che i decemviri avessero seguito o concepito un qualche sistema scientifico. Essi cominciarono coll'atto col quale si apre una lite giudiziaria (5): aggiungendo una legge all'altra nel modo che soccorrevano loro naturalmente al pensiero.

Questi elementi bastano al più per determinare in generale e nel difetto di altri l'ordine dei frammenti, restandovi sempre una incertezza insuperabile nei particolari. Ciò non ostante Gotofredo dette opera con tanto poco materiale ad indicare ciascuna tavola, che conteneva i singoli principii, ed a restaurare le tavole: il titolo istesso della sua opera annunzia un tale tentativo, ed i suoi successori lo imitarono, senza investigare, se una tale intrapresa fosse possibile. Egli opina, che ciascuno dei sei libri di Caio commenti due tavole, ammettendo la supposizione, che ogni tavola formi una sezione sistematica dell'intero, come pure assegna a ciascuna un capitolo ed un titolo speciale: un tale pensiero è stato portato agli estremi da Dirksen, inquantochè egli, (siccome Caio, come pretendesi, ha riunite due tavole in un libro), ha creduto scorgere una connessione sistematica fra le due tavole congiunte in una sola. Tutto questo

(1) Un lavoro molto profondo per questi tentativi di restaurazione è quello di Dirsken, *Rivista dei precedenti tentativi per la critica e la ristaurazione del testo dei frammenti delle XII tavole* 1824. La più recente letteratura delle XII tavole leggesi in Kloz, *Manuale dalla storia della letteratura latina* 1846. p 328.

(2) *Fragmenta XII tabularum suis nunc primum tabulis restituta.* Heidel. 1616 migliorato *in quatuor fontes iuris civilis* 1653. Anche in Ottone, *Thesaur. iur. civ.* T. III.

(3) Un filologo T. Funecio, si è occupato di questo inutile lavoro in un'opera molto diffusa: *Leges XII Tabularum; suis quotquot reperiri potuerunt fragmenta restitutate* 1744.

(4) Dion. II. 27. X. 60. Cicer. *de legib.* II. 4. Fest. *v. reus.*

(5) Dal modo, col quale Cicerone riporta la legge: *si in ius vocat*, scorgesi, che in tal modo cominciavano le XII tavole.

però manca di fondamento. Ogni tavola conteneva un numero di *leges*, secondo cui era citata *in secunda tabula secunda lege:* ma che ciascuna di esse avesse contenuto il principio e la fine d'ogni speciale sezione del dritto contradice sì alla natura della cosa, come all'esempio di altre leggi che leggonsi in molte di dette tavole.

Pareggiamento delle due classi.

§. LVI.

Il decemvirato non fu creato per una esistenza passaggiera durante il tempo della formazione delle leggi. Una tale magistratura doveva conservare il potere supremo, che non ammetteva alcun appello, soltanto fino a che fosse compiuto il lavoro della legge fondamentale: posteriormente doveva essa durare, e senza dubbio era ciò detto nelle XII tavole, ma rimettendosi l'appello. La possibilità di questo era assicurato dalla legge (1), la quale ordinava pure, che soltanto dal *comitatus maximus* potevasi deffinitivamente decidere sul *caput* d'un cittadino, sulla sua vita e capacità (2).

Rimaneva abolito il tribunato, essendo indubitatamente ammessa al decemvirato anche la plebe (3). Coll'abolizione del tribunato i *tributa comitia* avrebbero dovuto essere diversamente formati, non essendovi più alcun magistrato plebeo per convocarli, ma è pure probabile, che fosse stata intenzione dei decemviri abolirli interamente, conservando dei comizi particolari i soli e religiosi *curiata*.

Intendevasi sopprimere la plebe come classe politica, facendo nel medesimo tempo predominante il concetto di cittadino romano sopra l'opposizione dei patrizi e dei plebei. È possibile, che tendesse ad un tale proposito il divieto dei *privilegia* contenuto nelle XII tavole, e che Cicerone *(de leg.* III. 19. *)* annette alla legge sul *comitiatus maximus*. I decemviri miravano ad un pareggiamento delle classi, per il quale il tempo non era ancora maturo, e che fu attuato e compiuto molto più tardi. Non era però una uguaglianza reale e sincera quella, alla quale intendevano i legislatori: era loro proposito sopprimere la classe plebea, lasciando però sussistere i privilegi patrizi sotto altre forme. Quando poco seria fosse l'intenzione dei patrizi, che le due classi fossero realmente pareggiate, ne sono pruova le due ultime tavole, nelle quali è ripetuto il divieto del connubio fra i patrizi ed i plebei: è possibile, che contenessero anche qualche altra cosa di simigliante, che dava occasione a Cicerone *(de rep.* II. 27. *)* di chiamarne il contenuto *iniquae leges*.

Una tale costituzione non poteva avere una lunga durata: *quem statum reipublicae dixi non posse esse diuturnum, quod non esset in omnes ordines civitatis aequabilis* (Cicer. l. c.). Il reggimento arbitrario e violento dei decemviri del secondo anno, che durò anche per il terzo, accelerò la rovina della novella costituzione. In conseguenza d'una seconda *secessio* della plebe fu abolito il decemvirato (305). Furono nominati i consoli (4), rimesso il tribunato, e novellamente provveduto con una legge dei consoli Orazio e Valerio, che nessun magistrato dovesse essere per lo innanzi nominato senza *provocatio*. Anche i comizi tributi vennero novellamente istituiti: è questo il significato della legge orazia o valeria: *ut quod tributim plebs iussisset, populum teneret* (Liv. III. 55), e che parve dubbio sol perchè senza alcuna ragione opinossi, ch'essa avesse statuito qualche cosa di nuovo, mentre fu ristabilito piuttosto e soltanto lo stato antico delle cose, qual'era prima delle XII tavole. Se qualche cosa di nuovo vi fosse stato ordinato, sarebbe stata relativa alla sanzione dei plebisciti per mezzo dei comizi: ma non è possibile, che una tale sanzione fosse stata abolita a quel tempo, almeno non lo dovette essere in tutti i casi legislativi. Sembra indubitato, che sin d'allora i patrizi intervennero realmente in detti comizi, e con ciò cominciarono questi a perdere di fatto il carattere di adunanza speciale d'una sola classe.

Un tale intervento dei patrizi ebbe ancora un'altra conseguenza, quella d'un maggiore avvicinamento degl'individui delle due classi. Ma più d'ogni altra contribuì a questo effetto la legge canuleia, (un plebiscito dell'anno 309), col quale fu introdotto il connubio fra i patrizi ed i plebei, e la possibilità d'un matrimonio legittimo fra i membri delle due classi. Da ciò originaronsi le parentele dei patrizii particolarmente colle principali famiglie plebee,

(1) Cicer. *de rep.* II. 31.
(2) Cicer. *de rep.* II. 36. *de leg.* III. 19.
(3) Niebuhr, II. 363.

(4) A quel tempo presero il nome di *consules* invece del primitivo *praetores*; Niebuhr, II. 408.

che non furono di poco momento per elevare i plebei anche agli occhi dei loro precedenti rivali, e per dare maggior peso alle loro pretensioni sull'eguaglianza politica.

A questa legge fu aggiunta un' altra rogazione, colla quale volevasi statuire che anche i plebei erano capaci del consolato (1). Forse fu fatta alternativamente la proposta, d'introdurre realmente la suprema magistratura, qual' era costituita dalle XII tavole, ossia in comune ai patrizii ed ai plebei, essendo stato fino a quel tempo il consolato un semplice *provisorium*.

I patrizi rigettarono l' una e l'altra proposta, assentirono però, che per una parte degli uffici consolari fossero nominati *tribuni militum consulari potestate*, dalla cui lista non dovevano essere esclusi i plebei. Il numero di questi tribuni consolari non era determinato esattamente (sulle prime tre, posteriormente a vicenda quattro, infine non meno di sei): anche in ciò addimostravasi la natura più libera e straordinaria di questa magistratura contradicente, secondo l'opinione patrizia, all' antico ordine legale. I patrizi conservarono per se gli uffici municipali della suprema magistratura, la presidenza del senato, dei comizi, la giurisdizione, il censo, persistendo nell' affermare, che i plebei vi erano incapaci per ragioni religiose (2).

La censura fu commessa (311) ad una magistratura speciale, a due censori, che erano scelti in ogni periodo di cinque anni, ma che, secondo la legge emilia (321), dovevano amministrare il loro officio solamente per un anno e mezzo, sembrando la durata del loro potere per un lustro intero inutile e pericolosa. L' ufficio dei censori, vigilare sul censo, che conteneva una estimazione dei tesori dello stato nelle persone, che lo componevano, e nei beni di queste, era sulle prime molto meccanico: dovendo vigilare sugli scrivani, che tenevano registro delle indicazioni, curare la conservazione di queste, la formazione delle tabelle (*formulae*), sulle quali dovevansi misurare le imposte.

A ciò aggiungevasi l'amministrazione dei beni dello stato, l'appalto delle terre delle rendite e dei lavori pubblici. Ma l'obbietto della loro attività era di tal natura, che dipendeva soltanto da quelli chiamati ad un tale ufficio elevarlo ad una importanza smisurata, il che non mancò d'intervenire. Per ovviarvi erasi cercato moderare il potere censorio nominando due persone. Il dritto di allogare i cittadini nelle differenti classi porgeva l' occasione di esercitare un potere sui dritti politici di esse, il quale sebbene moderato dalla possibilità d'una opposizione da parte del collega, e dal principio, che ogni magistrato poteva realmente deliberare solo quello ch'egli stesso aveva la forza di attuare, non essendovi obbligato alcun altro (3), pure fu causa della grande considerazione e del rispettoso onore, in cui fu avuta la censura.

I censori dovevano curare, che nessuno senz'averne il dritto s'insinuasse nel novero dei cittadini o in una classe, alla quale non apparteneva; dipendeva dal giudizio dei censori rimuovere colui, che avesse perdute le qualità necessarie per la sua precedente posizione politica, e sotto un tale aspetto un vasto campo era aperto al loro arbitrio. Non pure il difetto d'un requisito ordinato dalle leggi, ma anche la persuasione della indegnità morale d' un cittadino poteva cagionare l'esclusione dal senato, (essendone l' indegno trasandato nella indicazione e nella lettura della nota dei censori), e la espulsione dalle tribù (*tribù movere*), sia che l' escluso venisse soltanto allogato in un'altra tribù, o nel numero degli *aerarii*. Nell'estimo dei beni potevasi accrescere alle volte il valore de'singoli oggetti come per esempio di quelli di lusso, il cui possesso i censori disapprovavano, ammettendone in tal modo l'imposta, alle volte della intera proprietà (4). Infine era fatta abilità ai censori biasimare i trascorsi contro la morale ed il decoro civile, sia facendo pubblico il rimprovero, che potevasi fare ad un cittadino, o trascrivendolo col suo nome (*subscriptio censoria*) (5).

Non è improbabile, che nei primi tempi avessero i censori anche la giurisdizione: la legge emilia la tolse loro, giacchè in conseguenza di questa negli ultimi tre anni e mezzo d'un lustro i censori non officiavano. La giurisdizione fu data in que-

(1) Liv. IV. 1.

(2) Liv. IV. 6. *Interrogandi tribuno; cur plebeum consulem fieri non oportere? ut fortasse vere, sic parum utiliter in praesens certamen respondit: quod nemo plebejus auspicia haberet.* La stessa ragione sembra essere stata opposta al connubio: *ideoque decemviros connubium diremisse, ne incerta prole auspicia turbarentur.*

(3) Liv., IV. 31

(4) Liv. IV. 24: *tribu moverunt, octuplicatoque censu aerarium fecerunt.*

(5) Vegg. particolarmente Cicer. *pro Cluent.* 42-48. Niebuhr, 444. Walter, *Storia del diritto romano* p. 152.

sto tempo ad uno dei tribuni militari, che fu nominato *custos religionum*, *legum*, *rerum omnium urbanarum*, e che doveva essere senza dubbio un patrizio. Infine fu istituito per la giustizia civile ed in generale per l'amministrazione interna, dovunque non vi provvedessero altre autorità, un magistrato speciale coll' antico nome di pretore che fu addimandato *praetor urbanus* per distinguerlo dai precedenti pretori ed in memoria dell'ufficio straordinario del *custos urbis*, che ne veniva sostituito (1). Livio (VI. 42. VII. I.) pone in connessione l'origine della *praetura urbana* come magistrato speciale con quella del consolato plebeo (38), ed è perciò che si suole riporne in questo anno il cominciamento. Il vero rapporto fra questi è il seguente. Mentre sussistette il consolare tribunato militare occorrono di tempo in tempo in luogo dei tribuni i consoli, sulle prime più sovente, posteriormente più di raro. Ma dal tempo della legge emilia, come osservammo, l' amministrazione civile fu data ad uno dei tribuni militari: quando però vi furono sostituiti i consoli, come un terzo collega di questi fu nominato un *praetor urbanus* (2), essendo cosa manifesta, che due officiali del governo non bastavano alle bisogne pubbliche. Una tale istituzione addivenne permanente, come ancora il consolato di nuovo limitossi esclusivamente alle funzioni del tribunato militare.

§. LVII.

La partecipazione dei plebei al tribunato militare era stata sulle prime una realtà, ma bentosto l'elezione cominciò ad essere circoscritta fra i patrizi, e quando tale non riusciva era annullata per pretesti religiosi, a ciò cooperando anche i consoli; sicchè Livio (VI. 37) fa dire ad un tribuno del popolo, che sin da ventiquattro anni nessun plebeo aveva potuto occupare quel posto (385). Elevossi allora dalla plebe nell'anno 378 un uomo di molta considerazione, Licinio, che rinnovò la quistione sul consolato, e dopo una opposizione ostinata e protratta per più anni fece ammettere la legge, che il tribunato militare fosse abolito, e che uno dei consoli dovesse essere scelto fra la plebe (3).

In conseguenza della conquista della città fatta dai Galli una gran parte della plebe cadde in miseria, e gravossi di debiti. Sembrò giusto, che una calamità, che aveva colpito lo stato, non affliggesse nelle sue conseguenze una sola parte dei cittadini: dovendosi una tale miseria riguardare come una gravezza militare da essere portata egualmente. Da ciò poterono i capi della plebe trarre partito per guadagnarsi la moltitudine dei più poveri membri della loro classe, (che personalmente non potevano pretendere di partecipare al consolato), colla speranza d' un miglioramento materiale della loro condizione (4). Ma due provvedimenti erano necessarii per venire in soccorso di quei miseri, sui quali eransi particolarmente aggravate le conseguenze della guerra. Dovevasi in prima provvedere ai debiti non pagati: a ciò fu adempiuto mettendo a conto del capitale gl'interessi pagati, e dando per il pagamento del resto tre termini annui; di più avendo i plebei per pagare i loro debiti o per procacciarsi del denaro senza prestito venduta la maggior parte delle loro proprietà, erasi perciò accumulata nelle mani dei ricchi, e particolarmente dei patrizi, che meno degli altri n'erano stati danneggiati, una grandissima estensione di terreni. Una tale *ingens cupido agros continuandi*, come la dice Livio, dalla quale erano presi i ricchi, sarebbe stata sempre pericolosa per la costituzione, giacchè il difetto d'ogni proprietà territoriale spogliava la moltitudine dei plebei dei dritti politici, ch'essenzialmente vi si annettevano: e senza apportarvi un rimedio sarebbesi manifestata sin d'allora quella degenerazione della plebe, che realmente avvenne nei tempi posteriori. A ciò aggiungevasi, che agli antichi ed impoveriti proprietarii non era dato sperare di poter rimanere sulle terre nella qualità di fittaiuoli e procacciarsi in simigliante modo il loro sostentamento, giacchè i ricchi facevano coltivare i loro terreni dagli schiavi (5). I piccoli proprietari erano inoltre angustiati dai grandi anche in ciò, che questi avendo numerosi ar-

(1) Niebuhr, II. 137.

(2) Liv. l.c. — *Collegam consulibus atque iisdem auspiciis creatum.*

(3) Livio racconta, che i tribuni del popolo per vincere l'opposizione dei patrizi non fecero scegliere per cinque anni i magistrati curuli, e che l'amministrazione dello stato avesse in conseguenza stagnato per sì lungo tempo. Ma Niebuhr (II 622.) ha pruovato, che il calcolo ordinario degli anni è erroneo appunto per questi cinque anni; sicchè l'ammissione delle leggi liciniche dovrebbe essere allogata appunto nell' anno 382.

(4) Liv. VI. 39.

(5) Appian. *de bello civili* I. 8.

menti escludevano quelli dal godimento dei pascoli comuni (*saltus publici*). A tutto questo cercossi opporre un rimedio coi seguenti provvedimenti. A favore di coloro che erano nel grado di riacquistare le loro proprietà comprandole, fu statuito colla minaccia anche d' una pena, che niuno potesse possedere più di cinquecento iugeri (*lex licinia de modo agri*) (1), nè più di cento grandi e cinquecento piccoli animali. A vantaggio di quelli, i quali non poterano trarre profitto dall' obbligazione imposta al ricchi di vendere una parte delle loro terre, fu ordinato, che i più ricchi possessori di terreni dovessero secondo una determinata proporzione impiegare all' agricoltura gente libera, dove prima vi si adoperavano solamente gli schiavi. Il trasgressore doveva essere dagli edili plebei accusato davanti al popolo per essere condannato ad una multa, come lo stesso Autore della legge (397), a cagione del possesso di mille iugeri, fu punito di 10000 *asses*. Egli ne possedeva soltanto la metà: l'altra era sotto il nome del figlio da lui emancipato: ma una tale scusa non gli valse, giacchè gli fu fatto rimprovero di avere emancipato il figlio solamente per sottrarsi alla legge (*in fraudem legis*) (2).

L'opinione, che la legge licinica *de modo agri* si riferisse esclusivamente al possesso dell'*ager publicus* manca al tutto di fondamento; ma potrebbesi dimandare, se oltre alla proprietà non si estendesse pure alle *possessiones*, sicchè anche queste dovessero essere comprese in quei 500 *iugera*. Io non ritengo questo per probabile. I censori davano in fitto i terreni pubblici con dritto ereditario per un decimo, che veniva novellamente dato in appalto a dei fittaiuoli ereditarii per un prezzo *fixum*: ciò era fatto senza dubbio in grandi masse: giacchè una partizione in minori frazioni avrebbe reso molto più difficile un tale negozio. Era perciò interesse pubblico non limitare il possesso, e questo interesse fecesi almeno allora valere contro qualunque innovazione. Certo i più poveri erano con ciò esclusi dall' acquisto diretto d' un simigliante possesso, non potendone pagare la somma; ma per contrario anche i plebei avevano la capacità di prendere simiglianti *possessiones*; ed indubitatamente i più ricchi fra essi avevano già fatti grandi acquisti di simile ragione. Era dunque interesse pure dei principali plebei, che non vi si apponesse alcuna misura.

Prima delle tre leggi liciniche sul consolato, sui debiti, e sulla proprietà territoriale un'altra (386) era stata già ammessa, la quale istituiva un collegio per la conservazione dei libri della Sibilla, e per l'amministrazione dei relativi *sacra*, *decemviri sacrorum* (in luogo dei precedenti *duumviri*) composto in parte da plebei; essendo questo un passo per la capacità della classe plebea al consolato. Nell'anno 388 fuvvi il primo console plebeo, conservando in contrario i patrizi per se la *praetura urbana*. Posteriormente fu istituita una magistratura novella ed esclusivamente patrizia, gli edili curuli in opposizione dei plebei da lungo tempo esistenti, e che provvedevano ai bisogni della plebe, quante volte non erano regolati dai tribuni. Gli edili curuli furono sulle prime destinati a provvedere alle faccende dei patrizi, formando al pari di quelli plebei una magistratura di classe. Ma bentosto fu abbandonato un tanto inopportuno pensiero (3); essendovi ammessi anche i plebei, e le funzioni degli edili si estesero in modo che venne loro commessa tutta la polizia degli edificii, delle strade, della sicurezza, della sanità, della religione e dei costumi.

Ma anche a questo tempo furono alle volte i plebei in opposizione della legge licinica esclusi dal consolato, avendo i patrizi fatti varii tentativi per l' abolizione d' una tale legge: non prima del 412 non occorre più alcun esempio d'una simigliante violazione. Successivamente s' insinuarono i plebei anche nelle rimanenti magistrature (4). Livio (VII. 42) racconta, che già nel 412 fuvvi la proposta del tribuno Genucio, che si dovessero aprire alla plebe i due posti del consolato: ma questa non potè essere tradotta in legge: non prima del sesto secolo occorrono casi d' un consolato puramente plebeo (5).

(1) L'erroneità della opinione particolarmente sostenuta da Niebuhr, che la *lex licinia* fosse una legge *agraria*, e che dovesse quindi intendersi solamente del possesso dell'*ager publicus*, è stata dimostrata da Huschke colle più profonde ragioni.

(2) Liv. VII. 46. Valer. Mass. (VIII. 6. 3.) dice: *dimidiam partem filio emancipavit*.

(3) Liv. VII. 1.

(4) Nel 398 fuvvi il primo dittatore plebeo, nel 403 il censore; una legge publilia dell'anno 415 statuiva, che uno de'censori dovesse essere sempre plebeo); nel 417 il pretore; nel 454 i pontefici ed auguri plebei per disposizione della legge Ogulnia.

(5) Sebbene lo stesso Livio aggiunga posteriormente (VIII. 12.) che la legge fosse stata realmente ammessa riportando in tal

§. LVIII.

Anche il senato fu aperto ai plebei, come ai patrizi. L'ammissione in esso avveniva in occasione del censo per mezzo dei censori, ordinando la legge ovinia, che questi senza distinzione di classe dovessero scegliere i migliori (1). Occorre una triplice partizione dei membri del senato: la prima è quella espressa nelle parole, *patres et conscripti*: *conscripti* furono detti senza dubbio i plebei nel loro primo ingresso nel senato: la seconda è indicata dal nome *pedarii*, limitato secondo la spiegazione di G. Basso a quei senatori, che non ancora avevano occupato alcun posto curule, e perciò recavansi nel senato a piedi (2), ma secondo altri, *qui sententiam in senatu non verbis dicerent, sed in alienam sententiam pedibus irent* (3). Probabilmente nei primi tempi i senatori plebei erano i *pedarii*, i quali mancavano pure d'un posto, e che non avevano la parola, ma votavano accostandosi agli altri. Una tale distinzione cessò ben tosto, forse prima per coloro, che avevano amministrata una magistratura curule (donde dovette originarsi quella prima spiegazione) (4): ma la parola fu conservata per significare il numero dipendente dei senatori, che uniformavano i loro voti a quelli degli altri, (Cicer. *Att.* I. 19.) La terza distinzione è contenuta nella formola: *senatores quibusque in senatu sententiam dicere licet.* Vero senatore addivenivasi colla *lectio* dei censori: coloro nondimeno, che occupavano una magistratura curule, avevano con ciò posto e voto nel senato, conservandoli anche dopo cessato il loro ufficio fino alla prossima elezione censoria, nella quale o erano nominati senatori, o quando erano trasandati dal censore, perdevano pure un tal dritto (Liv. XXIII. 23.).

§. LIX.

Il dritto dei comizii fu soggetto nel quinto secolo a grandi cambiamenti, e particolarmente a causa delle *leges publiliae* del 415: di cui Livio (VIII. 12.) fa conoscere in tal modo il contenuto: *ut plebiscita omnes quirites tenerent — ut legum quae comitiis centuriatis ferrentur, ante initum suffragium patres auctores fierent.* Sembra indubitato, che con queste leggi fu statuito qualche cosa di nuovo: quale si fosse risulterà con una qualche probabilità dal confronto delle precedenti condizioni coi cambiamenti posteriori.

Fin da lungo tempo era già statuito, che i tribuni per mezzo di rogazioni avevano davanti ai tributi comizi l'iniziativa della legislazione: ma i plebisciti non convertivansi in leggi senza la sanzione del senato e dei comizi centuriati: la legge orazia valeria del 305 aveva ristabilito un tal dritto, sebbene per alcuni casi legislativi, ed in ispecie per quelli, che non importavano alcun cambiamento della costituzione, fosse abolito il dritto di conferma dei comizi centuriati. L'affrancazione intera dei plebisciti da un tal dritto fu probabilmente il contenuto della prima legge publilia. Stante la presente condizione delle due classi, e la partecipazione dei patrizi ai tributi comizi, la conferma nei comizi centuriati doveva apparire una oziosa formalità. Non lo era solo, in quanto doveva precedere ad essa l'*auctoritas senatus*; giacchè potevasi conservar questa non così che precedesse il plebiscito, come avveniva per deliberazioni dei comizi, ma che come prima tenesse dietro a quello, dispensandolo solamente dalla conferma dei comizi, che avrebbe dovuto veramente seguirlo (5).

Questa limitazione della validità dei plebisciti era senza dubbio parimenti contenuta

modo il contenuto della legge publilia: *ut alter utique ex plebe, quum eo ventum sit, ut utrumque plebeium consulem fieri liceret, censor crearetur.*

(1) Festo: *praeteriti senatores quondam in opprobrio non erant, quod ut reges sibi legebant, sublegebantque quos in consilio publico haberent, ita post exactos eos consules quoque et tribuni militum consulari potestate coniunctissimos sibi quosque patriciorum et deinde plebeiorum legebant, donec Ovinia tribunicia intervenit, qua sanctum est, ut censores ex omni ordine optimum quemque curiatim in senatum legerent: quo factum est, ut qui praeteriti essent et loco moti, haberentur ignominiosi.* Secondo le più recenti investigazioni è da porre la legge ovinia fra l'anno 320 e 342.

(2) Gell. III. 18.

(3) Gell. l. c. Festo *v. pedarium.*

(4) Ciò è pure confermato dal seguente fatto. Nell'albo dei decurioni, della città di Canosa. (an. Crist. 223.) (Orell. *inscript.* 3721) in cui sono classificati i decurioni, occorre dopo i *quinquinnalicii, duoviralicii, aedilicii, quaestororicii* la classe dei pedarii, pei quali intendevansi coloro, e che non avevano ancora occupata alcuna delle suddette dignità, e che erano manifestamente una imitazione dei *pedarii* fra i senatori romani.

(5) Originossi in tal modo l'anomalia d'una *auctoritas* posteriore. Ma l'anomalia non consisteva veramente in ciò, che l'*auctoritas* fosse

nella medesima legge publilia. Nondimeno con una tale legge i plebisciti cessavano di essere semplice iniziativa per la legislazione, che abbisognava d'una legge posteriore: da questo tempo comincia probabilmente la solenne indicazione di ess': *lex sive id plebiscitum est.* Mezzo secolo più tardi in occasione della terza ed ultima *secessio* della plebe sul *ianiculum* fu pubblicata (467) la legge ortensia; il cui contenuto è espresso nel seguente modo: *ut eo iure, quod plebs statuisset, omnes quirites tenerentur* (1). Le notizie su quella insurrezione sono molto difettose: avvenne a causa dei debiti, essendo la condizione delle classi molto cambiata: probabilmente fu un tumulto della sola parte più povera della plebe. Tra gli stessi plebei era avvenuta una distinzione per la nobiltà, ch'era la qualità delle famiglie, che occupavano le magistrature: queste per loro proprio interesse inchinavano ai patrizi, che non avevano più alcun privilegio ereditario. L'insurrezione non era tanto diretta contro i patrizi, che contro i grandi in generale e contro il senato, che li rappresentava. La legge, colla quale il dittatore Ortensio quetò e ricondusse il popolo, abolì la necessità della conferma dei plebisciti dal senato. Di questo periodo perciò Caio potè dire con ragione: *itaque eo modo (plebiscita) legibus exequata sunt.*

Ritorniamo alle leggi publilie. La seconda riguardava le determinazioni centuriate: i *patres* dovevano per queste prima del *suffragium* essere *auctores*. Comunemente cercasi pure trovare in questa legge una limitazione del potere patrizio. Se ciò fosse vero, non rimarrebbe che opinare con Niebuhr, che per *patres* s'intendessero i comizi curiati: egli pensa, che colla legge publilia fosse stata tolto alle curie il *veto* contro le determinazioni centuriate, e che colla necessità di dare anticipatamente il loro assenso, sia stato ridotto a semplice formalità il dritto di conferma. Nel fatto stante una tale supposizione l'espressione *patres* non potrebb' essere riferita al senato, giacchè questo aveva dato la sua *auctoritas* sempre prima e mai dopo l'assenso delle adunanze centuriate. Ma una tale supposizione manca di fondamento. La legge publilia ne limitava nelle sue disposizioni il potere patri-zio, nè in generale aggiungeva qualche cosa di nuovo. Il suo ordinamento si era: che nessuna *rogazione* d'una legge dovesse essere presentata ai comizi centuriati, senza esserne stata precedentemente assentita la proposta dal senato. Ciò non contiene alcuna cosa di nuovo; ma è una disposizione contraria per i plebisciti, per i quali l'assenso del senato era posteriore: in opposizione di questa novità non parve al tutto oziosa una espressa sicurtà del precedente dritto. Che Livio chiami le leggi publilie e quindi anche questa: *leges secundissimas plebi* non pruova, ch'egli avesse avuto, per un errore inescusabile, una differente opinione sulla medesima legge limitativa del potere delle magistrature: poteva egli a ragione chiamarle favorevoli alla plebe in un tempo, in cui addivenivano in parte e per la prima volta accessibili anche a questa, che sempre aveva avuto meno a soffrire dal senato, che dagl' individui della classe patrizia (2).

Per la legislazione deliberavano a questo tempo nei più dei casi i comizi tributi: il numero maggiore delle leggi sul dritto privato sono plebisciti. Una tale attività non fu certo sottratta ai comizi centuriati; ciò ne avrebbe privati dell'iniziativa i supremi magistrati: ma l'attività principale di questi comizi limitavasi a speciali deliberazioni, per esempio sulla pace e sulla guerra, ed all'elezione dei magistrati superiori. La legge publilia non riguardava le elezioni: del potere del senato su queste faremo parola appresso.

Ma quale fu il rapporto da questo tempo dei comizi curiati con i due precedenti? Fin da quando i comizi centuriati raggiunsero il loro supremo potere, era ozioso convocar quelli come assemblee indipendenti e deliberanti. Stava per entrambi la necessità della *senatus auctoritatis*: per entrambi avevano i medesimi magistrati la *rogazione*; e sarebbe stato utile soltanto a causa del predominio dei plebei nei comizi centuriati giovarsi dei curiati come assemblee indipendenti e deliberanti. Un tale interesse farebbe supporre, che i patrizi mirassero ad un ulteriore sviluppo della legislazione, e temessero una opposizione dalla parte del popolo delle centurie. Ma posteriore al plebiscito, ma che non fosse più seguita dalla *lex centuriata*, alla quale riferivasi.

(1) Gellio XV. 27. Plin. *hist. natur.* XVI. 15. Cajo I. 3. Pompon. L. 2. §. 8. D. *de orig iur.* (I. 2.)

(2) Nell' anno 587 un Pretore ebbe ciò in non cale: onde Livio (XLV. 21) ne dice: *malo novoque exemplo rem ingressus erat, quod ante non consulto senatu, non consulibus certioribus factis, de sua unius sententia rogationem ferret.*

ciò non era vero: non era interesse dei patrizi proporre delle innovazioni, la cui accettazione non fosse sperabile dalle centurie, ma dalle curie. Il dritto delle deliberazioni indipendenti non fu espressamente tolto alle curie, e potè esservi in questo ed in quel tempo occasione di giovarsene, ma venne successivamente e per se stesso in disuso. A ciò si aggiungeva, che ai patrizi dovea sembrar bastante il loro potere nel senato; e questo stesso, sebbene vi fosse in esso il predominio patrizio, doveva preferire di fare una proposta alle centurie, anzi che rimettendola alle curie dare alla sua proposta un colore ostile all'altra classe, e concitare in tal modo la plebe alla insurrezione, che per questo mezzo non era difficile a guadagnare (1), come pure per non porgerne in tal modo il destro alla massima parte dei patrizi, della cui smoderatezza eravi bastante sperienza. L'ufficio delle curie rimase come semplice complemento delle deliberazioni delle centurie in quei casi, nei quali vi abbisognava secondo l'antica costituzione, e per altri fatti giuridici. Le curie sono la parte della costituzione nazionale, alla quale si connette nel modo più immediato l'elemento religioso: la loro attività si annette alla pontificia, avendo i pontefici in quello che facevasi nelle curie una funzione preventiva. Una importanza religiosa è quella della *lex curiata de imperio*, colla quale è confermato il potere (2) ai magistrati superiori eletti nelle adunanze centuriate (fatta eccezione dei censori, per i quali ciò avveniva con una seconda deliberazione dei comizi centuriati), e quindi oltre ciò l'inaugurazione del *rex sacrorum*, *dei flamines*, e l'arrogazione. Perciò Cicerone poteva dire: *nunc quia prima illa comitia tenetis centuriata et tributa; curiata tantum auspiciorum causa remanserunt* (3). Fino a qual tempo gli stessi patrizi intervennero in queste adunanze, è dubbio: al tempo di Cicerone e certo anche prima erano rappresentate da trenta lettori.

È attribuita al senato nei tempi più rimoti un importante potere sulle elezioni, particolarmente per l'assenso o il diniego della sua *auctoritas*; ma posteriormente andò declinando. Quali furono le forme di questo potere, quali i cambiamenti, in che modo mancò? Occorre una elezione preventiva fatta dal senato, e dopo l'abolizione di questa la conferma della seguita scelta. Potrebbesi fondare quest'ultimo dritto sulla qualità del senato come suprema autorità amministratrice, per la quale i magistrati erano verso esso risponsabili; potrebbesi anche scorgere nel dritto di conferma un'approvazione della persona per l'amministrazione (4). Nondimeno deesi avanti tutto a tal proposito ricordare, che non trovasi alcuna traccia dell'atto della ammissione, ed in nessun modo potrebbesi dire *auctoritas* la permissione di amministrare, che non avrebbe reso più compiuto il dritto del magistrato, ma avrebbe riguardato soltanto l'attuazione. Sicchè deesi concepire il potere del senato come una semplice possibilità di negare l'amministrazione (5): con ciò però rimarrebbe non chiarita l'*auctoritas*, che è attribuita al senato. È d'uopo perciò cercarne in altro modo la spiegazione.

L'*auctoritas* del senato nelle elezioni era primitivamente doppia, l'una nelle elezioni fatta dai comizi, l'altra nei comizi curiati per la concessione del dritto di magistratura. Secondo il più antico dritto apparteneva si la prima al senato, e questa conteneva l'elezione del candidato, che doveva essere proposto ai comizi. Aveva dunque il senato l'iniziativa della elezione (6): questa cessò fin da quando i plebei addivennero capaci delle magistrature, e fuvvi una libera concorrenza da parte del popolo. Per contrario poteva il magistrato, che presedeva alle elezioni, e che doveva nominare all'adunanza i candidati, negare per determinate cagioni di ammettere alcuni concorrenti nella lista, ed in tal modo anche il senato col suo potere su lui eser-

(1) *Consulibus legem curiatam ferentibus a tribunis plebis saepe est interessum*. Cicer. *agrar*. II. 12.

(2) Cicer. *agrar*. II. 11.

(3) Huschke, *Costit. di Serv.* p. 409. not. 35.

(4) È questa l'opinione d'un mio dotto amico, che distingue l'elezione (*dicere magistratum*) la concessione dell'*imperium* (*dare*, dalla parte dell'acquirente *gerere*) e la permissione di *gerere*, e riporta a questo terzo punto l'*auctoritas patrum*.

(5) Una tale possibilità non sarebbe naturalmente ammissibile, quando la proposta del candidato fosse stata fatta dal senato, divenendo questo in tal modo *autore* della sua elezione. Rimarrebbe allora a spiegare le parole di Cicer. *pro Planc.* 3: — *quod patres apud maiores nostros tenere non potuerunt, ut reprehensores essent comitiorum — tum enim magistratum non gerebat qui ceperat* (per determinazione dei comizi), *si patres auctores non essent facti*.

(6) Appian. *bell. civ.* I. 1. Dionig. VIII. 87.

citava un potere sulla elezione (1). Oltre ciò rimanevagli ancora l'*auctoritas* per la conferma che secondo l'antico dritto era una semplice formalità, ma che ora dovendo il senato assentire posteriormente alla elezione fatta nei comizi, poteva pure essere negata. Un tal dritto fu abolito dalle legge *maenia*, la quale ordinava, che l'*auctoritas* per i comizi curiati dovesse essere data prima della elezione (2).

Formazione d'una terza classe, e riforma dei comizi centuriati.

§. LX.

Quando cessò la lotta fra i patrizi ed i plebei, ed in luogo della distinzione di classe fu sostituita quella molto più indeterminata e generale fra le famiglie, che distinguevansi per nobiltà e ricchezze e gli altri cittadini plebei, che non potevano pretendere simili preferenze o almeno la prima, di mano in mano era divenuta importante un'altra classe di cittadini romani, che minacciava turbare l'ordine fondato sull'equilibrio delle classi. L'occasione di parlarne ci vien porta dalla censura di Appio Ceco nell'anno 442: egli introdusse i libertini nelle tribù, sicchè ne fece altrettanti plebei. Fu questo un passo, che poteva produrre le conseguenze le più pericolose per il bene dello stato. La costituzione correva pericolo di degenerare in una impotente oclocrazia. È importante investigare in qual modo si provvide ad un tale pericolo. Niebuhr (III. p. 367-409) fu il primo ad esporre eccellentemente ed a chiarire questo punto della storia romana.

Oltre i patrizi ed i plebei eranvi ancora altri cittadini romani, che distinguevansi da quelli in quanto non avevano il *ius honorum* (*ius magistratus capiendi*) nè il *ius suffragii* nei tributi comizi, ossia non erano *optimo iure cives*. Tale era la condizione speciale di questa terza classe di cittadini. Ma eranvi pure delle differenze fra essi.

Possonsi distinguere tre generazioni di cittadini senza l'*optimo iure*.

1) Quelli affrancati da un cittadino romano, ed i loro discendenti (3). Questi avevano sugli altri il privilegio di votare nelle adunanze centuriate, avendo comune con quelli l'esclusione dalle tribù, dalle magistrature e dal senato. Nè anche i nipoti dei libertini furono creduti degni di essere ammessi nel senato, e ciò valeva probabilmente anche per le magistrature, che erano ordinariamente la porta, per la quale entravasi nel senato.

2) *Municipes* (4). Erano questi cittadini

(1) Esercitava questo potere anche colla facoltà di ammettere dei candidati, che quel magistrato voleva escludere. Liv. VII. 21. VIII. 15. Un simigliante esempio contiene Cicer. *Brut.* 14: — *Curium quod is tribunus plebis interrege Appio Caeco, diserto homine, comitia contra leges habente, quum de plebe consulem non accipiebat, patres ante auctores fieri coegerit, quod fuit permagnum nondum lege maenia lata.*

(2) È questo il contenuto di questa legge secondo l'unico brano che ne fa menzione. Ad essa accenna probabilmente anche Sallustio: *libera ab auctoribus suffragia majores vestri paraverunt.*

(3) *Liberti et libertini* nell'antico significato della parola Svet. *Claud.* 24 *temporibus Appii et deinceps aliquandiu libertinos dictos, non ipso qui manumitterentur, sed ingenuos ex his procreatos.* È ben noto, che posteriormente *libertini* furono detti gli affrancati stessi, *liberti* in rapporto col patrono. Questo modo posteriore di esprimersi originossi dal precedente, giacchè i dritti del patrono si riferiscono particolarmente al *libertus* nell'antico significato.

(4) I frammenti sui quali si fonda la seguente trattazione sono:

Fest. *Municeps est, ut ait Aelius Gallus, qui in municipio liber natus est. Item qui ex alio genere hominum munus functus est. Item qui in municipio ex servitute se liberavit a municipe. Item municipes erant, qui ex aliis civitatibus Romam venissent, quibus non licebat magistratum capere, sed tantum muneris partem. At Servius filius aiebat initio fuisse qui ea conditione cives rom. fuissent, ut semper remp. separatim a populo rom. haberent, Cumanos, Acerranos, Atellanos, qui aeque cives rom. erant, et in legione merebant, sed dignitates non capiebant.*

Paol. Diacon. *ex Festo: Municipium id genus hominum dicitur, qui quum Romam venissent, neque cives romani essent, participes tamen fuerunt omnium rerum ad munus fungendum una cum romanis civibus, praeterquam de suffragio ferendo, aut magistratu capiendo, sicut fuerant Fundani, Formiani, Cumani, Acerrani, Lanuvini, Tusculani, qui post aliquos annos cives romani effecti sunt. Alio modo, quum id genus hominum definitur, quorum civitas universa in civitatem romanam venit, ut Aracini, Cerites, Anagnini. Tertio, quum id genus hominum definitur, qui ad civitatem Romanam ita venerunt, uti municipia essent sua* (*suae*? Niebuhr, Madwig) *cujusque civitatis et coloniae* (*uti municipes essent suae quisque civitatis aut coloniae*), *ut Tiburtes, Praenaestini, Pisani Urbinates, Nolani, Bononienses, Placentini, Nepesini, Sutrini, Lucenses.*

romani, appartenenti ad un comune straniero, e primitivamente indipendente dallo stato romano. Ciò è solo concepibile, quando questi stessi comuni avessero avuta la *civitas*, altrimenti la qualità di cittadini romani sarebbe inconciliabile con quella di cittadini di questi comuni. Distinguonsi due casi. Il comune può avere conservata la sua indipendenza, sicchè i suoi cittadini erano indipendenti dai magistrati romani: soltanto come soldati erano soggetti all' *imperium* del capitano romano. Un tale servizio militare era prestato da questi comuni nel modo che lo era dagli altri popoli alleati, somministrando ciascuno il contingente imposto ad essi. Il secondo caso si è, che il comune fosse considerato soltanto come parte dello stato romano, non formando una corporazione indipendente relativamente al dritto pubblico. In questo caso i suoi membri erano veri cittadini romani al pari degli altri soggetti al potere dei magistrati romani, alla giurisdizione, al censo, alle imposte sia che stanziassero in Roma o altrove. Entrambe le classi pativano difetto dei dritti politici, ed una tale condizione era espressa dalla parola *municipium*, la quale era usata anche ad indicare il comune. La sola differenza si era, che fra la prima classe dei *municipes* e lo stato romano stava il comune al quale si appartenevano, e che formava l'organo delle loro prestazioni verso lo stato. Avveniva sovente che tali *municipes* si stabilissero in Roma: con ciò però non variava la loro condizione giuridica, senonchè quelli della prima classe, in quanto riguardava la loro persona, divenivano soggetti ai magistrati romani, essendo in tal modo pareggiati a quelli della seconda classe (1). Il dritto di cittadinanza di tutti questi *municipes* non era dipendente dal fatto della loro dimora in Roma: lo stesso limitato dritto però potevasi acquistare dai cittadini di molte città alleate, e che non avevano la *civitas*, col prendere il domicilio in Roma. Anche questi potrebbero perciò esser detti *municipes* di una terza classe, ed ad essi accenna il principio del ripertato brano di Paolo Diacono.

3) I cittadini romani, che perdevano in pena il *ius suffragii et honorum*; la quale perdita estendevasi anche al dritto di votare nelle assemblee centuriate. Questo avveniva quando a causa dell' infamia (2), quando per ordinamento dei censori, che potevano escludere dalle tribù un cittadino come indegno: un tal fatto era espresso dalle parole *tribu movere et aerarium facere*: la semplice *tribu movere* poteva anche significare un semplice cambiamento di tribù, una traslazione da una tribù in un' altra, che avveniva pure per punizione (3). Tali disposizioni dei censori non erano obbligatorie per gli altri magistrati, molto meno per il popolo: da ciò proveniva, che queste notate persone erano elette alle magistrature, quante volte il popolo disapprovava la pena. Gli *aerarii* non erano iscritti dai censori nella tavola delle centurie, ma in altre speciali, che furono dette *tabulae caeritum*. Relativamente al dritto romano (4) essi erano *cives romani*, e partecipavano del *ius civile* quante volte non facevasene una espressa eccezione: ma in quanto al dritto pubblico la loro condizione era puramente passiva, essendo obbligati ai servizi pubblici (*ad munus fungendum*): il loro rapporto verso lo stato era diretto soltanto all' *aerarium*, donde ritraevano il nome (5).

È quistione, se questi *aerarii* fossero tenuti al servizio militare, o n'erano dispensati. Per una parte di essi, ed in ispecie per quelli che venivano espulsi dalle tribù come *infames*, da più luoghi scorgesi con certezza, ch'erano giudicati incapaci d' un tale servizio (6). La stessa cosa è affermata

Gellio, XVI. 13.

Investigarono su questo obbietto con differenti risultati: Niebuhr II. p. 56. Madvig, *Opusc. acad.* p. 236. Zumpt, *sulla differenza delle denominazioni* MUNICIPIUM, COLONIA, PRAEFECTURA nel drittopubblico romano, Peter, *rapporti di Roma colle vinte città e popoli italici fino alla Lex Julia*, Giorn. per la scienza delle antichità. rom., *sul significato delle espressioni* MUNICIPIUM ET MUNICEPS *nei tempi della republica romana* eod. Kiene, *i municipii romani nei tempi della republica.*—Marquardt, *Manuale delle antichità romane* III. 1851.

(1) Questo concorso verso Roma menomò il numero degli abitanti di quelle città e rese loro più malagevole l'adempimento delle obligazioni verso lo stato romano: troviamo che ne mossero reclamo. Così nel 507 sul reclamo delle città latine 12000 furono inviati da Roma verso la loro patria. Liv. XXXIX. 3. La stessa cosa avvenne nel 577, Liv. XLI. 9.

(2) Savigny, *Sistema del dritto romano moderno* II. 198.

(3) Liv. XLV. 15.

(4) Gell. XVI. 13.

(5) Il nome *aerarii* originossi direttamente da ciò che il censore prendeva notamento di essi nell'*aerarium*.

(6) Degli attori *Atellani* è detto ch' essi non divenivano *infames* al pari degli altri attori, e perciò non erano esclusi dalle tribù, nè esclusi dal servizio militare Liv. VII. 3. Val. Mass. II. 4. 4. Savigny, *cod.* p. 204.

da Festo dei *municipes*, riconoscendo egli loro soltanto *muneris partem*, ed osservando come una specialità d'una frazione di essi, e certo a questo tempo molto numerosa, ch'eglino in *legione merebant:* sembra che anche i libertini non fossero stati richiesti del servizio militare prima del 664, quando non eravi un imperioso bisogno (1). In fine è detto dei cittadini ridotti ad *aerarii* per effetto di pena, che la loro sola qualità pubblica fosse il pagamento delle imposte. Da tutto questo può dedursi l'esclusione degli *aerarii* dal servizio militare; senonchè siccome una tale esclusione non era un dritto, ma una degradazione, potevano esserne richiesti nel caso di bisogno. Recentemente Huschke ha novellamente affermata la capacità degli *aerarii* al servizio militare (2). Quando egli si giova della ragione, che un tempo quasi l'intero popolo fu ridotto ad *aerarii*, non pon mente, che potrebbesi far valere la medesima ragione a sostegno del loro dritto di votare nei comizi: ma precedentemente fu chiarito quale espressione si avesse questo fatto, e da ciò un tale argomento viene al tutto affievolito. La sua seconda ragione si è, che nel 540 i censori ridussero 2000 cittadini ad *aerarii*, perchè per quattro anni eransi sottratti al servizio militare senza un legittimo motivo (3): « è impossibile, egli dice, che si avesse voluto punirli dispensandoli giuridicamente dal servizio militare ». Perchè no? così colui che senza ragione insiste nel rifiuto del *munus tutelae*, ne è destituito, come *suspectus* (4). Ma per i renitenti la pena non consisteva solamente nella diminuzione dell'onore, ma nell'incremento del censo, che può essere considerato come una necessaria conseguenza della traslazione fra gli *aerarii*. In tal modo pure si chiarisce l'aumento del censo variamente ed espressamente mentovato per i cittadini ridotti ad *aerarii*: era naturale, che per quelli, i quali erano esclusi da una parte degli obblighi pubblici, l'altra per contrario crescesse.

Fra i cittadini limitati nei loro dritti avevano i libertini la maggiore importanza, sì per la loro partecipazione alle centurie, come per altre condizioni. Nelle mani di questi erano particolarmente accumulate le arti ed i mestieri, dei quali niuno che era nato libero occupavasi, fatta eccezione degli stranieri dimoranti in Roma: il commercio e le arti erano tenuti a vile, e per una tale opinione interdetti ai patrizi ed ai plebei. Una arte era a preferenza delle altre di speciale importanza per il governo e dava a coloro, che l'esercitavano una, partecipazione ai pubblici affari: era questa quella degli scribi, *scribae*, il cui ufficio era adoperato per tutta l'amministrazione, abbisognando ogni magistrato di simili persone. Molti di essi per la conoscenza degli affari, che veniva loro da una non interrotta pratica nella successiva sostituzione dei magistrati, seppero rendersi necessarii. Questi libertini votavano nei comizi centuriati; molti erano divenuti abbienti per i molto ricchi proventi della loro professione, crescendo in tal modo la loro importanza nei comizi. Avevano ancora il vantaggio di vivere insieme nella città; non mancavano ad alcuna adunanza, mentre questo non era possibile a molti plebei assenti, e dimoranti nelle loro proprietà.

Anche nei casi straordinari e nelle concioni essi erano sempre in pronto, le loro occupazioni oltre ciò mantenevanli uniti nelle strade e nelle piazze: da ciò il nome, che fu dato loro, come ad un partito: *forensis factio*. Ma non prima del principio del quinto secolo essi appariscono come un partito nello stato, e già con una qualche importanza sempre più crescente. Essi tendevano ad ottenere il dritto plebeo. Verso la metà di questo secolo trovarono un capo molto abile nella persona dello scriba C. Flavio, che era in associazione di affari con un nemico ereditario della plebe, Appio Seco.

Questo Appio della famiglia dei Claudi venne incontro come censore agli sforzi di quel partito, pensando debilitare o corrompere la classe da lui odiata dei plebei immischiandovi i cittadini tenuti a vile, senza sospettare o considerare, che con ciò egli nuoceva alla sua propria classe, rendendo lo stato al tutto democratico, e ponendolo nelle mani della classe inferiore del popolo. Appio ascrisse i libertini fra le tribù, e li fece con ciò plebei: egli li diffuse per tutte le tribù, e dette loro in tal modo nei comizi tributi una preponderanza di fatto, stantechè ordinariamente soltanto una parte dei plebei conveniva nelle assemblee. Fece ancora di più, introducendo nel senato i nipoti dei libertini.

Questo partito dette pruova della sua forza sempre crescente nominando quel Fla-

(1) Appian. *de bello civ.* I. 49.
(2) *Costit. di Servio*, p. 494. Veg. anche Mommsen, *le tribù romane* p. 162.
(3) Liv. XXIV. 18.
(4) L. 7. §. 3. D. *susp. tut.* p. 26. 10.

vio, il figlio (o nipote) d'un libertino alla magistratura, ed infine nel 450 all'edilità curule: era questa una elezione senza esempio, e che dava ragione di temere il peggio ad ogni cittadino amatore del bene pubblico sì plebeo come patrizio (1).

Per ovviare a tanto male furono eletti censori nel 450 Fabio e Decio, i più ragguardevoli cittadini fra le due classi. Questi usarono molta saviezza. Essi compresero, che un ritorno al passato era impossibile, giacchè avrebbe concitato a sdegno quel numeroso partito, e cagionate novelle agitazioni. Si fecero egualmente persuasi, che rimaneva ancora qualche cosa della presente costituzione, per cui era necessaria una riforma: con questa potevasi assicurare lo spirito dell'antica costituzione, e nello stesso tempo quietare la fazione dando ascolto alle sue giuste pretensioni. Livio indica in generale i risultati di questa censura come una *ordinum temperatio*, e di speciale fa conoscere soltanto la esclusione della *forensis turba* dalle quattro tribù cittadine, donde sarebbe seguito, che i comizi (tributi e centuriati) non sarebbero stati più predominati da questa classe inferiore. Niebuhr con una combinazione, che io reputo al tutto felice, ha posti in connessione la censura del 450 col cambiamento della costituzione delle centurie: ma sul tempo e sulla qualità di questo cambiamento variarono moltissimo le opinioni (2).

§. LXI.

Livio (I. 43.) e Dionigi (IV. 21) osservano, che l'istituzione dei comizi centuriati, quale esisteva al loro tempo, differenziavasi moltissimo dalla serviana. Entrambi accennano che le centurie erano state poste in connessione colle tribù, senza che siasi cessato di distinguere i tributi comizi dai centuriati; ma più chiaramente si esprime Livio, giacchè dice: *nec mirari oportet hunc ordinem, qui nunc est post expletas quinque et triginta tribus duplicato earum numero centuriis iuniorum seniorumque ad institutam ab Servio Tullio summam non convenire*, e più espressamente aggiunge, che nella costituzione serviana le tribù non erano state in alcuna connessione colle centurie (3). Ma anche Dionigi dice il medesimo, giacchè immediatamente dopo aver parlato del predominio dei ricchi nella costituzione serviana aggiunge, che le centurie non erano mancate, ma che la loro convocazione avveniva in altro modo, nè si fondavano più sulla preponderanza dei ricchi.

Che le centurie fossero divenute parti delle tribù è confermato nel modo il più decisivo da altri testimoni storici. Ne è pure pruova, che portano il medesimo nome delle tribù, alla *tribus aniensis* per esempio risponde una *centuria aniensis seniorum* et una *iuniorum* (4); alla espulsione dalla tribù teneva dietro immediatamente la cancellazione dall'*album centuriae*. Che i comizi centuriati fossero convocati al modo della tribù risulta da molte pruove. Cicerone ne descrive il processo colle parole seguenti: *vocatae tribus, latum suffragium*, che anzi nel medesimo luogo espressamente denomina la centuria parte di una tribù (5). Dall'altra parte le centurie continuavano ancora ad essere chiamate nei comizi come parti delle classi: Livio (XLIII. 16.) descrive un *iudicium populi*, che era cominciato nel seguente modo: che delle dodici centurie dei cavallieri otto e molte altre della prima classe condannarono l'accusato. Cicerone (*Philipp.* II. 33) dice d'una elezione consolare: *sortitio praerogativae-prima classis vocatur-deinde ut assolet suffragia* (6), *tum secunda classis*. Questo sarebbe in una inesplicabile contradizione colle altre testimonianze e colle precedenti e generali asserzioni di Livio e Dionigi solo quando fossimo obbligati considerare queste classi posteriori dei comizi identiche colle antiche serviane, ma non vi à ragione di ciò fare. Dalla continuazione di quelle classi serviane come distinzioni dei cittadini secondo il censo della loro proprietà non segue quella identità, la cui ammissione sarebbe esclusa dai fatti riportati ed incontestabili.

(1) Liv. IX. 46.

(2) Sulla più antica letteratura: Savigny, *Connessione delle centurie colle tribù*. Nei ragionamenti storici di dritto, trad. Ital. Niebuhr, III. 374. Huschke, *Costit. di Servio* p. 611. Bockh, *Investig. metrolog.* p. 380. Peter, *Epoche della storia, e della costituzione della rep. rom.* 1841. Mommsen, *le tribù romane*, p. 72.

(3) *Neque haec tribus* (le quattro serviane) *ad centuriarum distributionem numerumque quidquam pertinuere*. Da ciò proviene, che posteriormente le tribù modificarono la divisione delle centurie (in classi) ed il loro numero. Ciò non credè necessario dire espressamente, giacchè era chiaro a ciascuno.

(4) Liv. XXIV. 7. Mommsen p. 75. 76.

(5) Cicer. *pro Planc.* 20. *Agr.* II. 3. parla dei voti delle *tribù* nella sua elezione al consolato.

(6) I *sex suffragia*: vegg. Niebuhr III. 398. Huschke p. 614.

Da tutti questi fatti può chiaramente comprendersi la instituzione posteriore delle adunanze centuriate, la cui intelligenza è molto agevolata dalle seguenti riflessioni.

Il principio della istituzione Serviana era stato il predominio dei ricchi; ma questo erasi al tutto cambiato col mutarsi dei rapporti sociali. La proprietà ordinata da Servio per la prima classe (qualche cosa al di là dei 2000 talleri) aveva fin da lungo tempo perduta ogni importanza: particolarmente quando si considera, che non tutti i beni erano compresi nel censo, e che quelli indicati erano soltanto una parte della intera proprietà. I veri ricchi dovevano dividere i voti della prima classe con una massa predominante di cittadini, che si potrebbero appena dire abbienti senza ricordare le 90 centurie delle classi inferiori. In tal modo queste assemblee avevano preso un carattere al tutto diverso e democratico. Ben altramente avvenne dei tributi comizi, ai quali il predominio naturale dei proprietari delle terre dava una fermezza aristocratica. In essi oltre a ciò la preponderanza degli antichi cittadini era assicurata contro il concorso sempre più crescente dei novelli. Molti paesi col beneficio d'una compiuta cittadinanza erano stati incorporati nello stato colla loro ammissione nelle tribù; alla metà del quinto secolo perciò queste crebbero fino a 31, alle quali durante la censura del 454 furono aggiunte la trentesima seconda e terza, e durante quella del 513 la trentesima quarta e quinta. Una di queste novelle tribù comprendeva più cittadini di qualunque altra delle antiche: ma il predominio degli antichi cittadini non menomava perciò come sarebbe avvenuto, quando avesse deciso il numero, e come doveva avvenire nei comizi centuriati secondo la loro presente costituzione. Di tutto ciò doveva essere necessaria conseguenza, che si dovesse rinunziare a determinare la condizione dei cittadini nelle adunanze centuriate secondo un estimo diretto dei loro beni, che dovevansi mettere le centurie in una connessione subbordinata colla tribù, ed in pari tempo menomarne il numero, donde cresceva l'importanza delle centurie dei cavalieri (1).

Il novello ordinamento che sostituì quello di Servio (sia sotto la censura di Fabio e Decio, come io opino con Niebuhr, o alquanto prima), sarebbe a mio avviso il seguente (2).

1) Le centurie non formavano più altrettante parte delle classi serviane, ma delle tribù; in ogni tribù furono distinte due centurie, colle quali perdurarono le antiche centurie de' cavalieri. Così eranvi a quel tempo 80 centurie; 6 patrizie, 12 plebee centurie di cavalieri, 54 delle tribù rustiche, 8 delle urbane. Quando il numero delle tribù crebbe sino a 35, le tribù campestri contenevano 62 centurie, essendo queste in tutto 88.

2) La votazione ne' comizi centuriati avveniva ancora coll'appello prima delle centurie plebee dei cavalieri, e poi delle cinque classi, sicchè fra la prima e la classe votavano i *sex suffragia*. Ma queste classi non erano più formate per i comizi sulla misura dei beni, ma le tribù erano partite in classi secondo un rapporto a noi ignoto per conservare l'esterna apparenza delle antiche adunanze, e particolarmente le solenni formole di convocazione, il che era importante per una costituzione mista di determinazioni sacre e d'idee religiose.

3) Ogni cittadino romano col dritto di votare doveva essere noverato in una tribù: solo in tal modo egli partecipava non solamente ai comizi tributi, ma anche ai centuriati. I censori giudicavano a quale tribù si appartenesse un cittadino, a ciò si riferiscono alcune parole di Livio, dalle quali a torto Huschke ha creduto poter dedurre l'ordinamento dei cittadini nell'interno d'una tribù (3). Era determinante avanti tutto per la classificazione nelle tribù la nascita (*generibus hominum*), essendo ordinariamente un cittadino noverato nella tribù, chè rispondeva alla regione, in cui nasceva: questo era particolarmente importante rispettivamente

(1) Io ritengo per erronee le opinioni, secondo le quali il numero delle centurie sarebbe cresciuto in conseguenza del cambiamento, di cui qui si fa parola, come avvisano i più recenti scrittori su questo punto.

(2) L'opinione di Huschke, che il cambiamento fosse avvenuto immediatamente dopo l'espulsione dei re mi sembra poco fondata stante le ragioni che risultano dalla precedente trattazione, fatta pure astrazione dalla riflessione di Dionigi, che l'antica costituzione ebbe la durata di molte vite. Per contrario non vi à ragione di rimetterlo con Göttling e Mommsen ad un tempo posteriore: questi sono persuasi a così opinare piuttosto dalle loro teorie, che dalla realtà delle cose.

(3) *Costit. di Servio* p. 684. Il brano, il quale pretendesi, che racconti questa fondamentale riforma per mezzo dei censori dell'an. 575 consiste di queste poche parole. Liv. XV: *mutarunt suffragia, regionatimque generibus hominum causisque et quaestibus tribus descripserunt.*

ai novelli cittadini, che non potevano entrare nelle antiche tribù anche quando avessero fatto un acquisto nel distretto di esse, e forse pure vi stanziavano: il domicilio non era decisivo: uno domiciliato in Roma poteva far parte d' una tribù rustica. I figli inoltre appartenevano alle tribù de' loro padri. La classe era pure un principio decisivo, (vi accenna la parola *causis* del riportato brano) particolarmente per i libertini; essi furono da'censori del 450 esclusi dalle quattro tribù urbane, ed in tal modo ebbero un minore potere nelle due specie di comizi. Posteriormente una tale norma fu sovente violata e ristabilita, poi limitata ai libertini, che erano stati essi stessi schiavi, ristretti tutti in una medesima tribù (1). Andava esente da questa limitazione quel libertino che avesse un figlio maggiore di cinquant'anni (2), o che fosse al caso di dimostrare una proprietà territoriale del valore almeno di 30000 sesterzi. I *quaestus*, che Livio fa pure conoscere come principio determinante della classificazione sono le arti, che introducevano nelle tribù urbane coloro, che l'esercitavano; come alcune arti infamavano riducendo ad *aerarii*, così altre potevano occasionare almeno un *nota* del censore, un *mutare iubere tribum*. Tutte queste considerazioni, che i censori del 575 ebbero presenti, non furono altrettante novelle regole, ma sebbene esistenti erano state però neglette da molti censori: una osservanza più rigorosa da parte di quelli apportò un importante cambiamento nella composizione delle tribù. È questo il senso del riportato brano di Livio.

4) Il censo fu conservato secondo le tribù: è certo però, che sotto un tale rispetto furono fatte delle distinzioni fra i cittadini, che appartenevano ad una medesima tribù. A ciò possono riferirsi le parole di Cicerone (*de repub.* IV. 2.): *quam commode ordines descripti, aetates, classes, equitatus, in quo suffragia sunt etiam senatus.* Avanti tutto i cittadini di una medesima tribù furono distinti secondo l' età per costituire le *centuriae seniorum et iuniorum*, e poi secondo le classi in proporzione del loro avere, sicchè questa medesima divisione secondo la proprietà fu ripetuta per ogni tribù. Vennero poi distinti i cittadini cavalieri, che dovevano avere un censo di 400000 sesterzi, e che da' censori furono modellati particolarmente sulle tribù (3), infine i cittadini senatori (4). Con ciò però non è detto, che simili distinzioni fossero state ripetute anche ne' comizi, e specialmente ne' centuriati. È concepibile che nelle due specie di comizi, nelle singole tribù e nelle centurie, si conservasse un ordine del votare (nei tributi comizi secondo tutte le riportate distinzioni, nelle centurie secondo il censo), ma per contrario è inammissibile una votazione secondo le classi quali erano formate dal censo, sicchè le centurie non sarebbero state che parte di esse. Cicerone (*de legib.* III. 19) parla in un altro luogo de' comizi centuriati, ma non come prima dell' ordinamento interno delle tribù e delle centurie: *descriptus enim populus censu, ordinibus, aetatibus, plus adhibet ad suffragium consilii, quam fuse in tribus convocatus.* Ma quali sono queste distinzioni, che le adunanze centuriate hanno su' tributi comizi nella loro convocazione? *Aetatibus* è per se stesso manifesto; i *seniores* e *iuniores* hanno i loro particolari suffragi; *censu* è da riferire secondo il già detto non alle classi formate sul censo, ma alle centurie dei cavalieri; *ordinibus* si riporta alle mentovate classe comiziali, fra le quali erano divise le tribù, ed egualmente alla distinzione de' cavalieri dai rimanenti cittadini. Questo significato ha la medesima parola nella orazione *pro Flacco: centuriatim descriptis, ordinibus classibus, aetatibus*: in prima sono i cittadini divisi in cavalieri e non cavalieri, questi ultimi in quelle classi colla divisione delle tribù in queste stesse, ed in fine nelle tribù *in seniores et iuniores.* Occorre anche un' altra divisione nell' interno di queste metà delle tribù.

A sostegno della opinione che ritiene un numero maggiore di centurie in conseguenza della precedente mentovata riforma si sono citate alcune iscrizioni del tempo di Vespasiano (5). Secondo una di queste distinguonsi i cittadini della *tribus sucusana iuniorum* in otto ordini, dei quali ciascuno ha il segno della centuria con un nome proprio, per esempio *(centuria) C. Cornelii Sucessi*, col qua-

(1) Walter, *Storia del dritto romano* p. 122.

(2) Liv. XLV. 15: *praeter eos quibus filius quinquenni maior ex senatus consulto esset:* Walter emenda un *se natus* in opposizione dell' adottivo. La lezione del manoscritto non è per altro vuota di senso non differenziando molto dall' espressione: *ex lege elia sentiam uxorum ducere*, e simiglianti.

(3) Liv. XXIV. 37.

(4) Non è noto da qual tempo fu necessario anche per i senatori un determinato censo. Negli ultimi tempi della republica il censo per un senatore doveva essere almeno di 800000 sesterzi: Augusto elevollo fino a 120000.

(5) Particolarmente da Mommsen, *le tribù romane* p. 77.

le si accenna probabilmente al capo della centuria (1). Questa notizia quante volte fosse decisiva per la costituzione delle riformate adunanze centuriate, sarebbe in contradizione con tutte le idee proposte su questa materia, secondo niuna di esse si avrebbero sedici centurie in una tribù. Ma la pretesa importanza di quelle iscrizioni per la presente quistione si fonda solamente sulla non provata supposizione, che quelle centurie sieno identiche co' i voti de' comizi centuriati. Se secondo l'opinione sopra svolta ogni metà di tribù aveva nelle adunanze centuriate un voto, ed in tal modo valeva come centuria comiziale, si lascia molto bene conciliare, che ognuna conteneva nel medesimo tempo un numero di minori partizioni con capi speciali per facilitare il movimento del gran corpo.

Italia.

§. LXII.

Alla fine del quinto secolo tutti i popoli dell'Italia erano sotto la dipendenza romana. Un tale rapporto di dipendenza aveva la forma d'una alleanza, che i singoli popoli per il predominio delle armi romane erano stati successivamente costretti a contrarre, e dalla quale molti di tempo in tempo cercarono sebbene inutilmente affrancarsi. Erano detti perciò *socii populi romani* o *foederati*.

La qualità di queste alleanze era naturalmente molto varia sì rispettivamente alle relazioni dei popoli in generale, come degl'individui con Roma: ed una tale varietà dipendeva dalle condizioni proprizie o sfavorevoli, sotto le quali l'alleanza era stata contratta, e dai riguardi che i romani avevano creduto dovere usare. Ma in generale può dirsi, che più crebbe la loro potenza, più oppressive furono le leggi, che dettarono a quei popoli. Il carattere comune, in cui consisteva quella indipendenza si era, che i *socii* rinunziavano esternamente alla loro condizione di popoli indipendenti, non avendo il dritto della guerra, ed essendo per contrario obbligati a venire in soccorso de' romani con aiuto di uomini e con sussidii di denaro in quella proporzione determinata nel trattato di alleanza. Per mezzo di questi contingenti fu Roma in gran parte al caso di riuscire vittoriosa nelle sue grandi guerre: de' frutti della vittoria i *socii* non partecipavano, o pure in quella sola parte che il favore arbitrario e limitato del popolo dominante lasciava loro. Internamente per contrario questi popoli alleati erano al tutto indipendenti regolandosi con magistrati propri, e con un'assemblea popolare, che modellata sulla romana aveva anche per essi il supremo potere. Nella costituzione interna delle singole città l'alleanza non produsse alcun cambiamento (2), che anzi non fu ordinariamente sciolta la confederazione politica, che esisteva fra i differenti comuni d'una medesima nazione (3).

Quella interna indipendenza non fu distrutta sol perchè una città riceveva la romana *civita*, e particolarmente quella imperfetta, alla quale accennammo precedentemente colla parola *municipium.* Sulle prime un tale dritto fu dato in modo che la città conservava la sua condizione compiutamente separata da Roma (4). Posteriormente questi municipi si sciolsero almeno dalla politica connessione colle altre città del loro popolo, e conservarono soltanto la loro interna ed indipendente amministrazione. Ma anche questa venne loro o al tutto tolta (5), o molto limitata, non avendo essi magistrati propri per l'amministrazione del dritto (6): in entrambi i casi vi erano inviati da Roma *praefecti iuri dicundo*, donde queste città

(1) Probabilmente sono i capi identici con i *curatores tribus suc. iunior.* che occorrono in un'altra iscrizione.

(2) In pena della rivolta vi fu introdotta alcune volte la oligarchia del senato invece dell'assemblea popolare, come in Nola da Marcello dopo la guerra contro Annibale (538): Liv. 23, 17: *summa rerum senatui tradita.*

(3) Il contrario avvenne a modo di eccezione, potendo essere la conseguenza ordinaria d'un tentativo di scioglimento dalla alleanza romana, quando il popolo rivoltato era ricondotto sotto la soggezione di Roma colla forza delle armi. Così è detto delle città Latine 417: *ceteris Latinis populis connubia commerciaque et concilia inter se ademerunt* Liv. VIII. 14. IX 43. Così pure fu posteriormente determinato per la Macedonia: *neque connubium neque commercium agrorum aedificiorumque inter se placere cuiquam extra fines regionis suae esse.* Liv. XLV. 29.

(4) Fest. *v. municeps: — ut semper rempublicam separatim a populo romano haberent.*

(5) Liv. XXVI. 16: *corpus nullum civitates, nec senatus nec plebis concilium, nec magistratus esse - praefectum ad iura reddenda ab Roma quotannis missuros.*

(6) In Capua, che aveva ricevuta (416, o 420) *la civitas* senza il suffragio (Liv. VIII. 14. Vell. I. 14) furono mandati nel 436 dei prefetti, prima che la città subisse il destino, di cui fu parola nella nota precedente.

furono denominate *praefecturae* (1). Astrattamente dalla concessione della *civitas* furono pure regolati nei trattati di alleanza i rapporti giuridici e privati dei membri dei popoli alleati coi romani. Che prima della concessione della *civitas* fosse dato loro generalmente il *connubium* non è probabile, nè viene pruovato dalle ragioni, che vi si addussero (2). Dall' altra parte per questi rapporti formossi un dritto più generale e predominante a quello speciale dei singoli popoli alleati *(ius gentium)*, del quale faremo parola in seguito.

Sugli altri *socii* distinguevansi i *Latini* anche per una denominazione speciale: *nomen Latinum*. Fin dai tempi più remoti fuvvi alleanza fra Roma e le città latine sulle prime in modo che Roma era considerata al pari delle altre città, e posteriormente di maniera che Roma sola pareggiava tutte le altre città. Il comando supremo sull' armata comune fu esercitato a vicenda, ed i frutti della vittoria spartiti egualmente. Una tale alleanza venne nel 261 rinnovata da Sp. Cassio, ed estesa nel 268 agli Ernici. Ma nel principio del quinto secolo in conseguenza delle sempre crescenti pretensioni di Roma si ruppe la guerra fra questa ed il Lazio, la quale finì nel 416 colla soggezione di quest'ultimo. Il Lazio, compresi gli Ernici, cadde sotto quel rapporto di esterna dipendenza da Roma, della quale facemmo parola precedentemente. Nel medesimo tempo fu dato ad un gran numero di città Latine la *civitas* senza il *suffragium*, che posteriormente e successivamente fu cambiata per la maggior parte di esse in un compiuto dritto di cittadinanza (3).

Il *nomen latinum* importava alcuni privilegi, che posteriormente nella loro applicazione alle città fuori del Lazio furono indicati colla espressione *ius Latii*, o della *latinitas*. Quando in quelle città che avevano la *civitas* senza il *suffragium* un cittadino aveva occupato una magistratura suprema, otteneva con ciò la compiuta cittadinanza romana (4). Non fu per contrario un privilegio speciale dei soli municipi latini, che quando molti *municipes* trassero in Roma, e mediante il censo usurparono la compiuta cittadinanza civile, venne addolcita la loro espulsione nella loro patria con una eccezione a favore di quelli, che avevano lasciati una discendenza nel loro municipio (5). Il *connubium*, che nei tempi più remoti dovè esistere fra i Romani ed il popolo latino (6) può avere continuato; ma certo non è contenuto nel dritto latino di quest'epoca posteriore, mentre può ritenersi, che l'esercizio dei dritti di proprietà era illimitato, e che ai Latini come tali, ed anche alle città senza la *civitas* fu data la capacità del dritto di proprietà secondo il *ius quiritum*, ossia il romano *commercium* (7).

Le colonie.

§. LXIII.

Abbiamo ora a prendere in considerazione una specie particolare di comuni, ed il loro rapporto con Roma; parlo delle romane colonie, delle quali alcune avevano la *civitas*, *coloniae civium romanorum*, oltre il *ius Latii*, *coloniae latinae* (8).

I Romani usavano assicurare le loro conquiste allogando dei presidi nei luoghi più acconci da loro invasi, e nelle regioni esposte alle invasioni nemiche (9). A questo

(1) Fest. *v. praefecturae* Non fu sempre il disfavore contro queste città, che dettò una tale legge, ma alcune volte la considerazione verso i romani, che per relazioni speciali di commercio erano obbligati esercitarvi le azioni di dritto. Capua ne fece essa stessa la richiesta per ovviare ai disordini interni. Bentosto però una tale istituzione dovè divenire una ordinaria aggiunzione della *civitas sine suffragio* (Madvig, *Opusc.* p. 233.)

(2) Walter. *Storia del dritto romano* p. 196.

(3) Dopo il 513 per queste concessioni della *civitas* col *suffragium* non formaronsi nuove tribù, ma i novelli cittadini votarono nelle antiche, che erano loro assegnate nella concessione (Liv. XXXVIII. 36.), o avevansi in sorte in ogni adunanza. Vi accennano le parole di Livio XXV. 3: *sitellaque adlata est, ut sortirentur ubi Latini suffragium ferrent.* Nè in queste parole nè in quelle di Appiano (*de bello civ.* 1. 23) è detto, che i Latini avessero un tal dritto come Latini, senza essere necessario che fossero cittadini romani.

(4) Cajo parla dei Latini, che coi loro figli addivengono cittadini: *quod ius quibusdam peregrinis* - (vi ha quì un vuoto importante) *magistratum gerunt, civitatem romanam consequuntur, minus lattum* (Goshen; *latum*: Niebhur; *latium*) *est, cum hi tantum, qui vel magistratum vel honorem gerunt, ad civitatem romanam perveniunt idque compluribus epistolis principum significatur.*

(5) Livio XLI. 8.

(6) Liv. 1. 49. Dion. VI. I.

(7) La ragione principale a così opinare si è, che posteriormente il *commercium* senza dubbio forma la parte essenziale della Latinità, che fu data alle città, come alle persone.

(8) Su questo obbietto è da leggere particolarmente. J. N. Madvig: *de iure et conditione coloniarum populi romani* 1852 (*Opusc. acad.* 1834 p. 208-304.).

(9) Appian. *bell. civ.* I. 7. Sic. Flacc. p. 2.

adempivano inviandovi de' coloni e provvedendoli di terre sul paese stesso conquistato. La colonia formava perciò un comune permanente, che doveva tenere in freno gli antichi abitatori del luogo, difendere il paese contro gli assalti esterni, e nel medesimo tempo assicurare le terre, ch' erano alle sue spalle. Le più antiche di queste colonie furono formate colla emigrazione dei cittadini romani, che conservarono interamente la cittadinanza (1), ma bentosto si costituirono in comune speciale con un' amministrazione propria. Mentre durò la loro primitiva destinazione, furono esenti dal servizio militare (2); ma una tale esenzione cessò colla ragione da cui erasi originata: molte colonie per la sempre crescente estensione della potenza romana cessarono di formare una barriera limitrofa, molte vi furono tradotte non con quel proposito, ma per provvedere di proprietà territoriale i cittadini più poveri, e soltanto poche conservarono l'antica esenzione. I precedenti abitanti del luogo addivennero soggetti al novello comune dei coloni; probabilmente ottennero la *civitas sine suffragio*, ma non prendevano però alcuna parte nell'amministrazione. A modo di eccezione fu loro permesso farsi iscrivere nella stessa colonia (3).

L'espressione colonie latine può avere un triplice significato: colonie dell'antico Lazio: colonie, che formaronsi coll'alleanza fra i Romani i Latini e gli Ernici: infine colonie romane col dritto latino. Qui si accenna soltanto a queste ultime. Anche di queste fa d'uopo distinguere due specie: quelle originatesi con una vera emigrazione e stabilimento, e quelle, che come occorre posteriormente, furono costituite a colonie con una legge e senza cambiare lo stato degli antichi abitanti. La primitiva destinazione rendeva l'incorporazione nel numero dei loro cittadini tanto dura, da essere appena compensata anche per i più poveri cittadini dalle assegnazioni delle terre, quando queste non erano considerevoli: perciò cercarono i Romani dovunque non sembrava loro pericoloso e nei luoghi meno importanti riempirvi le colonie di Latini e di altri sicuri alleati. Il numero di queste colonie latine sorpassò bentosto quello delle colonie dei cittadini: nell'anno 545 erano trenta (4): per l'anno 536 il numero di tutte le colonie è riportato per 53 (5).

Queste colonie avevano il dritto latino, e con ciò i loro cittadini il privilegio di acquistare la cittadinanza romana occupando un magistrato supremo nel loro comune; erano pure capaci del dritto romano di proprietà; ma dall'altra parte erano soggetti ai medesimi obblighi al pari delle città latine relativamente al servizio militare ed alle imposte. In queste colonie particolarmente conservossi il concetto della Latinità, poichè le città latine in maggior parte e successivamente ebbero ottenuta la cittadinanza.

Anche il *commercium* è riconosciuto come un dritto delle colonie latine. E questo indubitato per le colonie posteriori secondo la *Lex Julia* (664) (6): ma che la condizione giuridica di queste fosse modellata sul dritto delle antiche, come quella di alcuni liberti sulla precedente di questi (7), può dedursi anche dall'uso d'una medesima denominazione, che altrimenti non avrebbe alcun significato. Senonchè anno prodotta qualche difficoltà alcune parole di Cicerone (*pro Caec.* 33.), il quale in una orazione difende la capacità testamentaria del suo cliente, uno da Volterra, la cui patria aveva perduto il dritto di cittadinanza per una legge di Silla, colla osservazione, che Silla non aveva tolto ai Volterriani il *commercium* (*non sustulerit horum nexa atque hereditates*), avendo accomunato loro il medesimo dritto, che si avevano gli abitanti di Rimini, *quos quis ignorat* XII *coloniarum fuisse et a civibus romanis hereditates capere potuisse*. Rimini era una colonia latina formata (486) dopo la conquista dei Piceni: era forse un privilegio tutto speciale di questa singola colonia, ch' essa nella legge di Silla è ricordata come modello della condizione giuridica dei Volterriani? Che la speciale menzione che ne è fatta nella legge, non possa essere intesa in detto modo, risulta dalle stesse parole di Cicerone, che assegna il medesimo dritto ad altre colonie. Ma siccome egli ne novera soltanto alcune per il *commercium*, o

(1) Madvig, p. 241-255.
(2) Kuschke, *Costit. di Serv.* p. 481.
(3) Liv. VIII. 14.
(4) Liv. XXVII. 9.
(5) Ascan. *in Pisonian.* (Orell. p. 3.).
(6) Ulp. *Fragm.* XIX. *mancipatio locum habet inter cives romanos et latinos coloniarios latinosque iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est.*
(7) Cajo III. 56. - *appellatos esse Latinos iunianos: latinos ideo quia lex eos liberos perinde esse voluit, atque si essent cives romani ingenui, qui ex urbe Roma in latinas colonias deducti latini coloniarii esse caeperunt, iunianos ideo, quia per legem iuniam liberi facti sunt, etiamsi non cives romani.*

per un elemento particolare di esso, qual'è il dritto di successione testamentaria, non sarebbe questa un dritto generale di tutte le colonie latine? Su questa ragione Savigny ha fondata la seguente opinione sulla Latinità (1). Delle antiche colonie latine soltanto una parte aveva il *commercium*. Nella seconda guerra punica dodici di esse avevano negato sussidi di danaro e di uomini (2): in pena ne fu loro imposto il doppio, ed inoltre ad ogni cittadino una imposta territoriale del 1 per 1000 secondo un estimo modellato su quello dei censori romani (3). Tra le diciotto amiche e fedeli fu Rimini, che fu onorata di lodi con un decreto del senato. In questa occasione, opina Savigny, fu dato loro in ricompensa il *commercium* (4), e vi si accorderebbe anche quel brano di Cicerone, quando al numero dodicesimo si sostituisse il diciottesimo (XIIX in luogo di XII.). Per contrario Huschke ritenendo il numero XII, e la relazione di quell'avvenimento colla guerra contro Annibale, cambia *Ariminenses in Interrammenses*, una delle colonie punite, sostenendo, che la sottomissione al censo suppone il *commercium* (5). Conviene con Savigny, che non tutte le colonie latine si ebbero il *commercium*.

Mi sembra in generale un'avventata supposizione, che mentre Cicerone distingue sotto una guisa speciale un certo numero di colonie, e Livio accenna al medesimo numero per tutt'altra considerazione, dovessero combinarsi insieme l'una e l'altra autorità: e ciò diviene molto più improbabile quando si vogliono muovere colle emende le obbiezioni contro un accordo per se stesso tanto arbitrario (6). E quando infine una tale combinazione fosse ammissibile, potrebbesi egualmente ammettere, che le colonie infedeli furono punite colla perdita d'una parte del loro *commercium* (il dritto di successione testamentaria) rimanendo questa una qualità distintiva delle colonie fedeli. In ogni caso vi ha di vero nella opinione di Huschke, che il censo, al quale le colonie divennero soggette secondo le parole di Livio, suppone il *commercium* di esse: un tal censo però ed il *commercium* non furono introdotti allora per la prima volta nelle colonie punite, ne perderono solamente l'amministrazione indipendente per mezzo di magistrati propri, che addivennero ora i loro rappresentanti nel censo in Roma: altre volte avevano censiti se stessi, ora lo erano in Roma (7). In qual modo debbonsi dunque intendere le parole di Cicerone? Quanto vi si può dedurre si è, che il *commercium* delle antiche colonie latine, che conteneva anche la successione testamentaria, non importava generalmente il dritto di acquistare per mezzo d'un testamento d'un cittadino romano (*a civibus romanis hereditates capere*), come posteriormente fuvvi dei latini, ai quali fu tolto un tal dritto dalla *lex iunia*.

Concessione della civitas.

§. LXIV.

Nel mezzo del settimo secolo una potente agitazione manifestossi fra i popoli federati eccitata dai capi dei partiti romani, e dalle gravezze più oppressive per estensione sempre più crescente dello stato Romano. I popoli italici chiesero la *civitas* ed una parte nel regimento rispondente ai loro sagrifizi: molti Romani inchinavano per queste pretensioni sperando potere afforzare il loro partito coi novelli cittadini (8): molti di quei popoli miravano piuttosto ad una compiuta indipendenza verso Roma, sebbene non ne fosse più il tempo. Il partito dominante in Roma rigettò simiglianti pretensioni (9): sicchè nel 663 pro-

(1) Savigny, *Sull'origine e progresso della Latinità* ecc. RAGIONAMENTI STORICI DI DIRITTO part. II. p. 49. Trad. Ital.

(2) Liv. XXVII. 9.

(3) Liv. XXIX. 15.

(4) Quando Madvig (p. 283) oppone che il *commercium* non poteva avere alcun interesse per le colonie lontane da Roma, egli dimentica, per tacerci di altre ragioni, che anche fuori Roma eranvi città colla cittadinanza romana.

(5) *Costit. di Serv*, p. 572.

(6) Il medesimo numero si trova indicato in una legge di Livio Druso, in cui parlasi di dodici colonie App. *de bell. civ.* I. 23.

(7) *Duodecim deinde coloniarum, quod nunquam antea factum erat, deferentibus ipsarum coloniarum censoribus censum acceperunt* (Liv. e Claud.), *ut tamquam numero militum, quantum pecunia valerent, in publicis tabulis monumenta extarent.* Liv. XXIX. 37.

(8) Come C. Gracco 631. App. *De bell. civ.* I. 23. M. Liv. Druso 663. Vell. II. 15.

(9) *Lex Licinia Mucia de civibus regundis* 659 (dell'oratore Grasso, ed il giureconsulto Scevola. Cicerone la riporta come un esempio, che anche gli uomini più saggi possono fallire nelle leggi) colla quale furono ordinate indagini rigorose contro le introduzioni nella cittadinanza Cicer. *fragm. Corn.* Ascon. *ad h.* 1. (Orell. p. 67.). Cicer. *de off.* III. 11. Sovente la *civitas* fu data singolarmente

ruppe la guerra sociale, che devastò l'Italia, e per un momento minacciò Roma di ultima rovina.

Non tutte le città si avvisarono di scompagnare le loro sorti dalla fortuna di Roma. Come successivamente riuscì alla unità della potenza romana porsi in equilibrio contro i primi successi dei nemici, cercossi con una prudente condiscendenza compensare i partigiani, raffermare i dubbiosi, isolare i nemici colla divisione degl'interessi, e nel medesimo tempo ordinare in modo le concessioni da farsi, che si conservasse per quanto era possibile la precedente costituzione, e non ne fosse affievolita la forza esterna dello stato. Sicchè nell'anno 664 mediante la legge giulia fu offerta e data alle città italiche la *civitas* sotto alcune condizioni (1). La stessa cittadinanza fu riconosciuta in quel medesimo tempo alle colonie latine, alle poche città del Lazio, che nelle precedenti concessioni erano state trasandate, ed ad alcune altre etrusche, ch'erano rimaste fedeli. Nel prossimo anno il maggior numero degli alleati depose le armi: una novella legge *lex plautia papiria* (665) dette loro la *civitas* che senza dubbio dovette essere simigliante a quella prima, ma colla giunta, che anche i cittadini d'una città nati altrove, purchè stanziassero in Italia al tempo della legge, e nel corso di 60 giorni si appresentassero al pretore, dovessero partecipare della *civitas* (2). In conseguenza di questa legge il dritto di cittadinanza fu accomunato a tutta l'Italia, posteriormente ai Lucani e Samniti, che furono i più tardi ad accomodarvisi (3).

La condizione, sotto la quale queste *leges de civitate* offerivano il dritto di cittadinanza, era l'accettazione della legge in tutto il suo contenuto: *qui populi in eam legem fundi facti non essent*, *civitatem non haberent* (4). All'offerta cittadinanza connettavansi molti pesi parte naturali, parte forse accresciuti colle speciali determinazioni della legge per i novelli cittadini: con essa andò perduta la precedente indipendenza, certo precaria stante la prepotenza di fatto dello stato romano, ma che in alcuni casi non era però al tutto senza importanza; le città addivennero parti secondarie d'un grande stato, soggette alla sua legislazione futura ed incerta, e forse anche nociva ai loro particolari interessi (5). Si racconta, che particolarmente in alcune città commercianti e marittime un numeroso partito votò contro l'accettazione della legge (6): ma queste isolate città non potevano sperare di sostenere fra tante altre la loro precedente condizione: sicchè può ritenersi, che dopo qualche tempo tutte le città italiane riconobbero la legge. Le colonie non avevano a scegliere; per esse le leggi romane erano immediatamente e senza bisogno del loro assenso obbligatorie.

La parte, che i nuovi cittadini si ebbero al reggimento, sarebbe stata importante, ed avrebbe interamente cambiata la natura dello stato, quando essi fossero stati spartiti per tutte le tribù, ed avessero in tal modo acquistato uno smisurato predominio sugli antichi cittadini nelle assemblee popolari (7). Ma la loro preponderanza numerica perdette ogni efficacia, stantechè furono accumulati soltanto in otto tribù, avendo in tal modo proporzionatamente un numero minore di voti (8). Queste otto tribù poterono essere delle novelle, che furono aggiunte alle antiche 35, come ci è dato a conoscere da Appiano, (*de bell. civ.* I. 49), la cui autorità i moderni sogliono seguire, sebbene la sua trattazione di questa materia ce la renda sommamente improbabile. Una tale asserzione è molto dubbia: le novelle tribù avrebbero avuto un nome proprio, e di ciò nulla conoscesi: non molto dopo occorre come esistente l'antico numero delle 35 tribù, non è parola d'alcun cambiamento, giacchè quelle rogazioni sulla divisione dei novelli cittadini in tutte

agl'individui più eccellenti, ma una tale concessione era contro l'interesse dei popoli; sicchè molti dentro e fuori l'Italia nei trattati di alleanza, che conchiusero coi Romani, espressamente convenivano, che a niuno dei loro membri dovesse darsi la cittadinanza romana. Cicer. *pro Balbo* 14. Valer. Mass. V. 2. 8.

(1) Cicer. *pro Balbo* 8. Gell. IV. 4.)

(2) Cicer. *pro Archia* 4. *ad fam.* XIII. 30.

(3) Appiano I. 53. Liv. ep. 80.

(4) Cicer. *pro Balbo* 8. *Fundus* è un'antica parola legale per *auctor* Paol. Diac. *ex Festo v.* FUNDUS.

(5) Anche la loro lingua originale cedette alla romana. Ne sono testimoni i conservati italiani monumenti dell'antica lingua, le antiche iscrizioni dell'Umbria (400) le tavole di Eraclea (430) il trattato fra Nola ed Abella ecc.

(6) Cicer. *pro Balbo* 8.

(7) A ciò si rapportano le rogazioni del tribuno P. Sulpicio (665) e del console Cinna (667) Liv. *ep.* 77. Vell. II. 20.

(8) Vell. II. 20: *itaque cum ita civitas Italiae data esset*, *ut* in VIII. *tribus contribuerentur novi cives*, *ne potentia eorum et multitudo veterum civium dignitatem frangeret*, *plusque possent recepti in beneficium quam auctores beneficii*, *Cinna in omnibus tribubus eos se distributurum pollicitus est.*

9

le tribù non ebbero alcun risultato, almeno duraturo. È più probabile, che i novelli cittadini fossero stati frammisti in otto delle esistenti 35 tribù, e questo si deduce altresì dal riportato brano di Velleio.

Costituzione dell' Italia.

§. LXV.

I comuni, ai quali fu riconosciuta la *civitas* a questo tempo, conservarono come i precedenti un' amministrazione indipendente dei loro interni affari. A capo di essi vi era l'assemblea popolare, e poi un più limitato consiglio o senato, i cui membri addimandavansi *decuriones*. Due o quattro supremi magistrati (2 *viri*, o 4 *viri*) con un potere analogo a quello dei consoli romani, erano eletti annualmente dall'assemblea del popolo, avendo per principale ufficio l'amministrazione del dritto civile, nella quale erano tanto indipendenti, quanto lo era il pretore romano, che certo aveva una giurisdizione concorrente colla loro, giacchè i cittadini delle città erano nello stesso tempo cittadini romani, *Roma communis patria* (1). Essi presedevano pure alla giurisdizione criminale, che nelle città era esercitata nel medesimo modo che in Roma. I comuni avevano i loro beni particolari comunali, e l'amministrazione indipendente di questi. Anche il censo, benchè fosse un fatto pubblico generale, era regolato da magistrati propri, sebbene fosse modellato sul romano in quanto al tempo ed alla forma.

Sotto tutti questi rispetti non eravi alcuna differenza fra i municipi, fra i quali noveravansi ora tutte le precedenti colonie latine dell'Italia, e le colonie *civium romanorum*. Molti di essi (municipi e colonie) sono ancora denominati *praefecturae*; ed una tale denominazione tradizionale sarebbe spiegabile anche quando non vi si mandassero più i prefetti, ma curassero per l'amministrazione del dritto magistrati propri: stantechè il nome *praefectus* potè essere conservato per simili magistrati. Cicerone scrive (*ad fam.* XIII. 11. 708), ch' egli aveva fatto scegliere ed il suo figlio, un nipote ed un altro suo parente *constituendi municipi causa* in Arpino suo municipio, (che Festo novera tra le prefetture), *is enim magistratus in nostro municipio vel alius ullus creari solet*. Da ciò scorgesi che gli Arpinati posteriormente come prima eleggevano soltanto un magistrato con quella denominazione tradizionale, ma non che un prefetto vi fosse ancora mandato, e molto meno che una tale istituzione fosse durata anche dopo la novella costituzione, alla quale accenna Cicerone, e che fu attuata nel 709. I *praefecti iuri dicundo* che occorrono molto frequentemente nelle iscrizioni (2), sono alle volte magistrati scelti dalle stesse città con giurisdizione generale o speciale, alle volte sono nominati da un magistrato pubblico, ma nel solo caso che l' elezione dei cittadini non fosse stata condotta a termine, o sia sorto con ostacolo al loro ufficio (3). Fin dall' ottavo secolo non vi erano più prefetture nell' antico significato, ed anche Festo vi accenna come ad una istituzione antiquata. Molte piccole città sono addimandate *fora* o *conciliabula* o *castella*: anche queste hanno in quanto vi à di più importante la medesima costituzione al pari delle più grandi; senonchè sembra che non avessero esse magistrati propri per la conservazione del censo, e sotto questa considerazione dipendevano dalle città capitali circostanti. Alcune volte dovette una tale incorporazione essere più compiuta, ed in tal caso caddero nel novero dei *vici*, o borghi, che erano considerati come appendici d' una città (4).

La costituzione delle città italiche ebbe, non senza una probabile limitazione dei dritti municipali, un novello ordinamento con una legge generale dell'anno 709, *lex iulia municipalis* di Cesare (5). Di questa legge, che rimase per il tempo a venire il fondamento dei dritti delle città, faremo parola diffusamente nella trattazione del secondo periodo, al quale e per i suoi effetti e tendenze si appartiene.

Colla *lex iulia* del 664 tutte le colonie latine dell' Italia (e della Gallia cisalpina) addivennero altrettanti municipi; alcune poche, ch' erano fuori l' Italia, conservarono i loro precedenti dritti (6). A questo tempo originossi un gran numero di colonie latine di tutt' altra natura formate non coll' emigrazione d' italici latini (di tali non eranvene più) ma colla semplice concessione del *ius Latii* alle città provinciali. Questo avvenne la prima volta per

(1) Cicer. *de leg.* II. 2.
(2) Orell. *Inscript. Lat. sel.* 3867.
(3) Orell. 4041.
(4) Savigny *Sistema del dritto romano moderno* II. §. 87. p. 250 not. K.
(5) Vi si riferisce la notizia, che Cicerone (*ad familiam* VI. 18. 709) dà ad un amico sopra un punto della legge.
(6) Savigny, *Giornale per la scienza storica del dritto* IX. p. 302.

Pompeio Strabone (console 665) il quale dette la latinità alle città traspadane (1), esempio, che nei tempi posteriori fu imitato sovente. Ma anche novelle città furono costituite col dritto delle colonie latine (2). A queste si aggiunse una nuova specie di colonie di cittadini, colonie militari, colla formazione delle quali gl'imperadori gratificavano i loro soldati, assegnando loro in Italia e fuori alcune città con i corrispondenti territori, dai quali venivano espulsi i precedenti cittadini e proprietari (3).

L'Italia fu limitata fin dai primi anni dell'ottavo secolo verso il Nord dai fiumi Rubicone e Macra: la parte del Nord della penisola era denominata *Gallia cisalpina*, divisa dal Po in due parti, Gallia cispadana e transpadana. La Gallia cispadana era provincia; ed era governata per mezzo d'un proconsole. In ricompensa, che esse non avevano fatta causa comune coi confederati le transpadane città ricevevano con quella *lex pompeia* (665) il dritto latino, le cispadane la *civitas* (4). Quaranta anni più tardi (705) Cesare estese la *civitas* ai transpadani. Nondimeno formava tuttavia questa regione una provincia sotto il reggimento d'un proconsole, mancando le città della parte più importante della costituzione municipale, ossia della elezione dei magistrati per la giurisdizione, che spettava esclusivamente al proconsole. Nell'anno 711 cessò infine la Gallia cisalpina di essere provincia (5); fu parreggiata alla rimanente Italia, cessò il reggimento per il mezzo d'un proconsole; le città addivennero indipendenti al pari delle italiane, e particolarmente fu fatta ad esse abilità di scegliere magistrati propri per la giurisdizione. A ciò accenna una legge (*lex rubria de Gallia cisalpina*), il cui contenuto sarà esposto in connessione colla *lex iulia municipalis*.

Le province.

§. LXVI.

Le province sono i paesi fuori d'Italia soggetti al dominio romano, e governati da un magistrato anche romano. Il nome non esprime necessariamente una totale soggezione di tutta la regione, ma lo stabilimento della potenza romana in essa, e la sottomissione d'una parte al tutto. I capitani, che ne avevano cominciata o continuata la conquista, provvedevano a loro arbitrio e di un modo militare all'amministrazione delle terre conquistate, sia valendosi a loro avviso dei precedenti magistrati o cambiandoli, introducendovi pure delle istituzioni definitive, che erano presentate al senato per la conferma, o che questo ne avesse rimesso al capitano la formazione, scegliendo fra i suoi membri un *consilium*. Secondo l'uno o l'altro modo la provincia riceveva, poichè la conquista era compiuta, un ordinamento speciale (*forma provinciae*) sia per il mezzo d'un decreto del magistrato, o d'un senatoconsulto, o d'una legge, che ne confermava anticipatamente o posteriormente la costituzione (6). Queste costituzioni provinciali erano nei particolari molto differenti. I Romani non pretesero violentare nelle medesime forme speciali le tante varie nazioni, che sottomisero al loro potere: avrebbero dovuto in questo caso lottare forse inutilmente ma certo senza scopo contro elementi contrari di gran forza. Non prima della fine della repubblica occorrono esempi d'una più speciale determinazione della costituzione per le città di molte province, e di tal natura è la citata *Lex pompeia* per la Bitinia. Quale importanza potesse avere per la storia del dritto la conoscenza di quelle specialità, delle quali ci pervennero notizie sebbene numerose pure monche ed incompiute, quali coesistevano colle istituzioni più generali, potrebbesi decidere, solo quando venissero investigate in un modo più comprensivo di quello che fu fatto finora. Per il nostro scopo è bastante osservare i seguenti punti più generali (7).

L'elezione dei magistrati, che furono mandati a regolare le province, seguì nei diversi tempi in vari modi. A tale ufficio fu accresciuto il numero dei pretori, dei quali, sia per sorte o per accordo, due rimanevano per la *praetura urbana* e *peregrina*, gli altri partivano per le province. Posteriormente mancò una tale elezione diretta; i pretori, e poi anche i consoli,

(1) Ascon. *in Pisonian.* (Orell. p. 3.)
(2) Madvig, *Opusc. acad.* p. 291.
(3) Walter, *Stor. del dritto rom.* cap. 25.
(4) Savigny, *cod.* p. 308-326.
(5) Savigny, p. 331.
(6) Per es. *lex pompeia* per la Bitinia: Plin. *epist.* X. 83. 84. 113. 115. Sovente il decreto del magistrato è detto puramente *lex*, per esempio il *decretum Rupilii* per la Sicilia: Cicer. *in Verrem* II. 13. 16. *Lex Lentuli* per Cipro. (*ad fam.* XIII. 48.)
(7) Walter, c. cap. 22. Margandt, *Manuale delle antichità romane* III. 1851. Una trattazione chiara della costituzione provinciale dell'Africa ci viene data da Rudorff, *Giorn. per la scienza storica del dritto* X. p. 81.

scorso il tempo del loro magistrato in Roma vi erano mandati come propretori e proconsoli per un anno, il qual tempo fu allungato per alcuni, finchè la *lex iulia* di Cesare statuì, che il reggimento delle province pretorie dovesse durare un solo anno, quello delle consolari due (1). Una tale limitazione fu apposta a vantaggio dei novelli candidati per l'amministrazione provinciale, ed anche per assicurare lo stato contro il potere dei singoli governanti, sempre più crescente per quanto ne era maggiore la durata: sarebbe stato grande utile alle province di prolungarne il reggimento per quanto era più possibile (2).

Così ogni anno vedevasi un novello rettore, che desiderava arricchirsi, o ristaurare la sua fortuna consumata per ottenere un tale ufficio, con un numeroso seguito di dipendenti, dei quali ciascuno voleva la sua parte al bottino, che la provincia prometteva. Il rettore straniero, che tale pure rimaneva alla provincia a causa della breve durata del suo ufficio, anche colla migliore volontà non era nel grado di provvedere alla prosperità del paese. Vi si aggiungeva, ch' egli doveva soddisfare oltre i suoi propri bisogni anche molti altri in collisione con quelli dei sudditi, e particolarmente gl' interessi degli appaltatori delle rendite pubbliche (publicani), il cui favore gli era di gran momento in Roma (3). I più ebbero in non cale il bene delle province; molti governarono con una impudente durezza e ferocia, delle quali la storia non può indicar le maggiori. Erano obbligati a render conto al senato, e potevano essere accusati davanti al tribunale romano, ma non era difficile evitare o sottrarsi all' accusa colla propria malizia, o con mezzi, che rendevano ancor più grave l'oppressione delle province. La limitazione del loro potere proveniente dalla *forma provinciae* era parte debole, parte senza sicurtà contro il potere del reggente. Lo stato miserabile delle province manifestasi più che altrove dalle orazioni di Cicerone contro Verre: il misfatto di questo colpì la Sicilia, provincia vicina e favorita dagli stessi romani: quanti strazi non doveva coprire il buio, che stendevasi su province lontane, e che avevano poche relazioni personali con Roma?

(1) Cicer. *Philipp.* I. 8,

(2) Livio (XXXI. 29) fa particolarmente dire in un'orazione contro il dominio romano sulle province: *quotannis alium atque alium dominum sortiuntur.*

(3) Cicerone annette grande importanza al fatto, che durante il suo reggimento i publicani gli furono amici, senza il sagrifizio dei provinciali. *Att.* VI. 1.

La costituzione giudiziaria delle province.

§. LXVII.

La giurisdizione criminale aveva nelle province un' indole militare. Il pretore decideva assolutamente, sebbene fosse assistito da un *consilium* composto dai più ragguardevoli cittadini romani del suo seguito e della provincia. A questo illimitato *imperium* erano soggetti illimitatamente i provinciali, che non avevano la *civitas*, ma non i cittadini romani, dei quali molti usavano fermarsi nelle province o stanziarvisi, quando non fossero stati soggetti come soldati al suo potere militare. I rimanenti cittadini facendosi forti della loro cittadinanza potevano non sottrarsi all' accusa, ma al giudizio criminale del pretore (4).

Il reggente esercitava la giurisdizione civile su tutti gli abitanti delle province (5). Pubblicava un editto, col quale dava a conoscere sulle più importanti materie il dritto, secondo cui eserciterebbe la giurisdizione. Per questo metteva a profitto gli editti dei suoi predecessori, quelli dei pretori di Roma, e dei reggenti delle altre province, quante volte erano tenuti in considerazione per la personalità di questi. Erano obbietto proprio degli editti provinciali le relazioni giuridiche dei comuni tanto interne quanto esterne, e particolarmente i loro debiti, la condizione dei publicani, infine la nomina dei giudici, i quali dopo l' introduzione della lite davanti al magistrato dovevano investigare e deciderla, giacchè soltanto nei casi straordinari giudicava l' istesso magistrato con una *causae cognitio* e *decreto* (6). Quando l'accusato era un cittadino romano, il giudice era scelto fra i cittadini romani, *conventus civium romanorum*, che trovavansi sul luogo del giudizio; il medesimo seguivasi pure in altri casi, quando non era stato ordinato altrimenle. A molte province era concesso nella costituzione il dritto, che nelle quistioni giuridiche fra peregrini si dovessero scegliere giudici anche peregrini: *ut inter se suis legibus disceptarent suisque iudicibus uterentur*, a molte pure, quando l'accusato era un peregrino come avveniva

(4) Cicer. *Verr.* V. 53.

(5) Cicer. *in Verrum* lib. II.

(6) Cicer. *ad Att.* VI. 1. 2. sul suo editto come proconsole nella Cilicia.

in Sicilia: nelle controvevsie giuridiche fra i comuni, o fra gl' individui e questi il giudizio ne era rimesso ad un consiglio tratto da una terza città (1). Tali dritti però dovevano essere pure assentiti dal reggente durante il tempo del suo ufficio col suo editto (2). I tribunali tenevansi successivamente nelle differenti parti della provincia: i luoghi delle sessioni erano detti *fora* o *conventus* (3). La giustizia civile soleva essere la parte migliore dell'amministrazione romana, ma anche in questa non solo l' interesse d'un perfido reggente poteva essere in contradizione coi suoi doveri, ma anche l'ignoranza dei dritti particolari del paese, o un superbo disprezzo di essi poteva occasionare delle ingiustizie, contro cui non potevasi sperare alcun opportuno rimedio (4). Il pretore d'una provincia, che non aveva a temere alcuna intercessione d' un magistrato uguale o tribuno, e che sovente pure giudicava *extra ordinem* e senza la nomina d'un giudice, aveva anche nei giudizi ordinari non solamente l'istruzione del giudice, colla quale poteva rendere inutile l'avviso migliore di questo (5), ma ancora aveva facoltà di annullare colla *in integrum restitutio* una sentenza data da questo (6).

Ordinamento delle rendite pubbliche.

§. LXVIII.

La guerra e la conquista erano sulle prime le principali fonti delle rendite pubbliche dei Romani: il *tributum* dei cittadini Romani veniva rimesso, quando avventurose spedizioni apportavano somme importanti nell'erario, e nessuna imposta territoriale fu pagata dal tempo dell' immenso bottino tratto dalla conquista della Macedonia (586) fino alla morte di Giulio Cesare (7). Le province anche dopo la loro incorporazione allo stato romano versavano la parte maggiore delle rendite, colle quali adempivasi ai pesi pubblici. L'erario in Roma era sotto l'amministrazione di due questori; altri, il cui numero cresceva per le guerre e le conquiste, accompagnavano i capitani per rappresentare l'erario nelle spese e nei proventi della guerra, e per render conto di questi e di quelle. Questi questori erano anche inviati nelle province (8). Essi elevaronsi verso la fine della republica ad una più alta posizione, che gli urbani. Avevano un *imperium*, e perciò *lictores*, *vocatio et cognitio extraordinaria*, sebbene il loro fosse un *imperium* dipendente da quello del pretore della provincia (9).

I proventi delle province, fatta astrazione dalle contribuzioni straordinarie e dal bottino, consistevano in imposte parte dirette parte indirette. Tra queste ultime eravi il dazio, fra le prime il testatico (in proporzione della proprietà di ciascuno) (10), o l' imposte sulle città secondo un estimo proporzionato al numero degli abitanti, che il comune spartiva fra questi, e quindi l' imposta fondiaria. Niuno, fosse anche un cittadino romano, poteva avere una proprietà romana sulle terre provinciali; ma, ammettevasi naturalmente anche per queste un rapporto analogo a quello il quale era generalmente denominato dai Romani *possessio*: distinguevasi pure nelle province l'*ager publicus* e *privatus* (11): anche in queste usavasi avere quest'ultimo in possesso e godimento dalle persone private, ma un tale possesso non era come il romano un rapporto analogo alla proprietà, ma un semplice affitto fat-

(1) Cicer. *in Verrem* II. 13. Le città siciliane avevano inoltre il dritto, che le quistioni giuridiche fra i cittadini delle medesime città fossero decise solamente dai magistrati delle città. Sono questi i *legitima iudicia* (Caio, IV. 104.) di quegli stati peregrini, che avevano conservate le loro proprie leggi, giacchè ogni legge ha le sue eccezioni.

(2) Un esempio ci vien porto dall' editto di Cicerone per la Cilicia.

(3) Cicer. *Att.* V. 21. VI. 2. Paol. Diac. *ex Festo v. Forum*. Liv. XXXI. Plinio, *Histor. natur.* III. 3. Cicer. *in Verr.* III. 15. 40.

(4) — *praetor improbus cui nemo intercedere possit*. Cicer. *in Verrem* II. 12.

(5) Cicer. — *ut in ea verba praetor iudicium det, ut vel — homo et iure et officii peritissimus non possit aliter iudicare.*

(6) Cicer. *Verr.* II. 13. *Edictum enim hominis cognoscite, quo edicto omnia iudicia redegerat in suam potestatem: si qui perperam iudicasset, se cogniturum: quum cognoscet, animadversurum.*

(7) Cicer. *de off.* II. 22. Plin. *hist. nat.* XXXIII. 17. Plut. *Aem. Paul.* 38.

(8) *Non erat prima senatoris administratio, quaestorum fieri, et in provincia curam gerere pecuniae publicae in usus diversos erogandae* Schol. *ad Cic. divin.* 10. §. 32.

(9) Cicer. *in Verr.* II. 4. *pro Planc.* 41. *div. in Caec.* 17. Oltreacciò avevano nelle province la giurisdizione degli edili curuli, Caio I. 6.

(10) Le città siciliane avevano censori proprii, che ordinavano il censo da servire per il tributo. Cicer. *Verr.* II. 53.

(11) Cicer. *Verr.* III. 6.

to dallo stato, che aveva usurpate e ritenute queste terre. Quelle private possessioni erano gravate d'una imposta, la quale o era d'una determinata somma, *vectigal stipendiarium*, o proporzionata al prodotto, e perciò mutabile, ossia un decimo, che era pagato *in natura* o in denaro, *vectigal* solamente. Quei terreni erano denominati *agri stipendiari*, questi *vectigales* (1).

Quando le indicate imposte straordinarie o ordinarie erano versate direttamente nel tesoro pubblico, era ufficio del questore abbadarvi: ma era questo il caso meno frequente, giacchè le più, ed in ispecie le imposte fondiarie erano date per appalto o vendute ai *publicani*, che pagavano all'erario la somma convenuta per l'appalto, e ne curavano l'esazione individualmente. Questi *publicani* formavano a tal fine delle *societates*, giacchè nessuno individuo sarebbe stato capace al pagamento della enorme somma dell'appalto delle rendite di tutta una provincia, o di una parte importante di essa. Fu questo verso la fine della repubblica il negozio principale dei cavalieri romani, che ne trassero dalla loro parte un grandissimo guadagno a danno di coloro, che erano obbligati al pagamento. Un tale appalto delle province avveniva ordinariamente in Roma per mezzo dei censori; ma per eccezione a causa d'uno speciale privilegio di una provincia poteva esser fatto in questa stessa, ed in tal caso era ufficio del questore: questo pure avveniva in Sicilia, fatta eccezione di poche città, che non partecipavano del medesimo privilegio (2). Ai terreni era imposto un decimo, *decumae*, pagato dai coltivatori, *aratores*, che per appalto avevano sovente grandi possessioni: queste *decimae* furono nella maggior parte dei paesi date in appalto secondo l'ordinamento della *lex hieronica* sui *decumani* a quegli stessi, che ne erano obbligati (3). Oltreaciò dovevansi anche nelle altre province somministrare al pretore delle prestazioni in natura per il suo matrimonio, *frumentum in cellam imperatum*, invece delle quali pagavasi sovente il valore, *frumentum aestimatum* (4).

Città esenti.

§. LXIX.

Come le province distinguevansi fra loro per la costituzione e per la condizione giuridica in generale, così vi erano pure singole città, che per speciali privilegi differenziavansi dalle altre della medesima provincia. Questi privilegi erano tanto varii ed arbitrari, che non sarebbe possibile comprenderli sotto una categoria generale; una forma giuridica più ordinaria e che occorre nel maggior numero delle province (5) era nondimeno lo stato d'una *civitas comunis et libera*, che chiamavasi *foederata*, quando riconosceva un tale privilegio da una alleanza collo stato romano. Ma anche i dritti di queste città non erano i medesimi. La esenzione dai *vectigales* vi era costantemente compresa (6), ma non sempre quella delle altre imposte (7), come pure anche i *socii* italici erano stati obbligati nei loro trattati di alleanza a gravi prestazioni. Debbonsi inoltre noverare fra i privilegi di simiglianti città l'amministrazione indipendente delle bisogne interne e del dritto, ed una legislazione propria: quest'ultimo dritto era detto *autonomia*; la quale parola era usata anche nel caso, in cui in una provincia i giudici erano scelti fra i nativi del luogo (8).

Una parte d'un plebiscito, dal quale nell'anno 682 o poco dopo fu riconosciuta come *libera* la *città* di Termesso, ci è fatto conoscere da un frammento d'una tavola di bronzo (9). Questa *lex antonia*, per la quale deesi indubitatamente ritenerla, ordina: *Thermenses maiores Pisidae* ed i loro posteri dovessero essere *liberi amici socique populi romani*, *eique legibus suis ita utunto*, *itaque ieis omnibus sueis legibus thermen-*

(1) Rudorff, *Giornale* X. p. 94.
(2) Cicer. *Verr.* III. 6. §. 13. V. 21. §. 53.
(3) Rudorf X. p. 129. Compravasi anche a conto dello stato il frumento per essere mandato in Roma, determinandone questo il prezzo, per il quale gli *aratores* o le città dovevano venderne una determinata quantità: perciò anche il *frumentum emtum* era una gravezza. Cicer. *Verr.* III. 70 75. Nell'ultimo brano invece: *Siculorum pecunia frumentum emere A SICULIS* vuolsi leggere *ab aliis*, come scorgevasi dalla connessione.
(4) Cicer. *in Verrem* lib. III. «*de frumento.*»
(5) Al tempo di Cicerone, s'egli dice il vero, la sola Sardegna vi faceva eccezione Cicer. *pro Scaur.* §. 44.
(6) Cicer. *in Verr.* III. 6: almeno per i loro cittadini: *Halicyenses quorum incolae decumas dant, ipsi agros immunes habent.* Cicer. *in Verr.* III. 40. Sono perciò contrapposte alle *civitates stipendiariae.*
(7) Cicer. *in Verr.* V. 21 22.
(8) Cicer. *Ad Att.* VI. 1. 2.
(9) Novellamente publicata ed accompagnata da un commentario da Dirksen, *Osservazioni sul plebiscitum de Thermensibus.*

sis maioribus pisideis utei liceto quod adversus hanc legem non fiat. Sono loro assicurate le terre, che dovettero andar novellamente perdute nella guerra contro Mitridate; ed è concessa l'esenzione dalle spese, eccettochè di quelle determinate per la *Lex portia:* vi si aggiunge che il commercio fra i Termensi ed i cittadini romani dovesse continuare sulle medesime basi giuridiche non altrimenti che al tempo del consolato di S. Marzio, e S. Giulio (663), e che i *publicani* fossero esenti dalle loro gabelle per il transito delle mercanzie.

Nei tempi ultimi della repubblica furono fondate delle colonie nelle province, alcune *latinae*, altre *coloniae civium romanorum* (1). Sulle prime erano poche, ma il loro numero divenne maggiore sotto Cesare, il quale dette la *civitas* anche ad alcune città spagnuole, facendone perciò de' municipi. La terra assegnata alle colonie poteva essere in parte come bene comune di tutta la colonia, messa a profitto dai singoli cittadini o dagli altri, in parte addivenne di dritto privato dei coloni (2). Un tale dritto privato, che con una finzione di vendita era dato dal magistrato, poteva essere una vera proprietà (romana), quando il suolo ed il terreno (come l'italico) ne era capace, o pure si può denominarla una proprietà di fatto, di cui soltanto le terre provinciali erano capaci e che era detta *possessio.* Nel primo caso i terreni erano necessariamente esenti dal *vectigal*, nel secondo ordinariamente soggetti. Sicchè la qualità di *ager vectigalis* non esclude quella di proprietà romana, ma che non sia *vectigalis*, non lo rende obbietto di proprietà romana. Per quanto riguarda i coloni delle province, il loro possesso non era per se stesso una vera proprietà, ma il suolo provinciale poteva ricevere il dritto italico, cessando in tal modo l'ostacolo per divenire proprietà. Non può però affermarsi, che questo avvenisse per le colonie generalmente, nè che non sia mai avvenuto. La *lex thoria* accenna per l'Africa ad un *ager locus privatus vectigalisque* (cap. 22 30), ed ad un *habere possidere*, *frui* di questi terreni, che non erano vera proprietà, sebbene non tutti realmente soggetti al *vectigal* (cap. 30). Che vi fosse stata vera proprietà anche in Africa, non può nè precisamente negarsi, stante la difettosa tradizione della legge, nè anche affermarsi con una qualche certezza. Le colonie nelle province avevano la loro propria amministrazione comunale, ma non magistrati propri per l'applicazione del dritto; sotto un tale rispetto erano soggetti al reggente della provincia, come avveniva per esempio della Gallia Cisalpina, prima che cessasse di essere provincia, e venisse incorporata all'Italia.

Fine della repubblica.

§. LXX.

Due secoli dopo il compiuto pareggiamento dei due partiti, dei patrizi e dei plebei, la cui lotta aveva agitati i primi tempi ed aveva avuto per risultato il compimento della costituzione, manifestossi in Roma un forte cambiamento, non nelle istituzioni esterne, ma nella vita interna del popolo e dello stato. Colla guerra punica e macedonica Roma ottenne nel sesto secolo il dominio sulle più importanti regioni dell'antico mondo, il quale dominio si estese ed afforzossi nel settimo. Ma i soggiogati popoli orientali rioperarono potentemente sul popolo conquistatore colle ricchezze, che furono loro involate, coi prodotti della loro civiltà trasportati in Roma, e coi bisogni d'una vita molle, ch' essi appresero ai soldati romani. Immense ricchezze in denaro ed in cose preziose si accumularono in Roma, vi s' insinuarono la prodigalità e la lussuria, e perdettesi l'antica semplicità dei costumi. Livio (XXXIX. 6) osserva dell'anno 561: *luxuriae peregrinae orig. ab exercitu Asiatico invecta in urbem est. Ji primi lectos aeratos, vestem stragulam pretiosam, plagulas et alia textilia, et quae tum magnificae supellectilis habebantur, monopodia et abacos Romam advenerunt. Tum psaltriae sambucistriaeque et convivalia ludionum oblectamenta addita epulis, epulae quoque ipsae et cura et sumta maiore adparari coeptae, tum coquus, vilissimum antiquis mancipium et aestimatione et usu in pretio esse, et quod ministerium fuit, ars haberi coepta.* Cercossi ovviare al lusso colle leggi (*leges sumtuariae*), che intesero a limitare le spese nelle vestimenta (*lex oppia* 541), e poi nei conviti (*orchia* 572, *fannia* 593) *didia* 641, *licinia*, *cornelia* 672, *aemilia* 676, *antia*) (3). Queste leg-

(1) Savigny, *Giorn. per la scienza storica del dritto* IX. p. 328.

(2) LEX THORIA cap. 16: — *seive queis pro monicipieis colonieisve civium romanorum nominisve latini poplice deve senati sententia ager fruendus datus — pro colonia moinicipieve prove moinipieis fruentur.*

(3) Liv. XXXIV. 1. Gell. II. 24. Macr. Saturn. II. 13.

gi avevano a loro fine soltanto una parte del lusso, la più comune e scandalosa, e perciò vie più pericolosa per i costumi dell'intero popolo; ma la storia stessa di queste leggi non ci permette di ritenere, che sia loro riuscito ovviare al male. Il solo vantaggio, che la moltiplicità dei bisogni, una vita più delicata, ed il superfluo dei mezzi può produrre, ossia destare ed educare la capacità artistica, e le forze industriali d'un popolo, fu perduto per i Romani; stranieri furono i costumi, ch'essi appresero, straniere pure le forze, che servirono loro; la semplicità e la rozzezza campestre non piegò, l'orgoglioso disprezzo delle arti durò per lungo tempo: ciò dette alla novella maniera di vita fra i prodotti d'un mondo raffinato un carattere di rozzezza, per la quale crebbe il suo pericolo per i pubblici costumi. I beni acquistati colla forza delle armi, ed insanamente sciupati erano suppliti dalle rapine e dai ladronucci; ed un'avidità insaziabile s'apprese alla parte dominante del popolo. Pochi di quelli, che furono attivi nelle lotte interne di questi ultimi tempi, si sforzarono di elevarsi al potere nello stato per altri mezzi: molto minore il numero di coloro, che erano mossi, non dico da un amore per la patria e da pensiero per il suo bene, ma dal desiderio della gloria, che nel concetto degli antichi teneva luogo di virtù. Di questi alcuni fantasticarono potere ovviare alla corruzione cambiando la costituzione, altri inutilmente si pruovarono a ricondurre gli antichi costumi per mezzo del loro esempio, e di puntellare l'antico e vacillante stato concentrando in esso gl'interessi individuali tanto varii: i migliori fra questi partigiani dell'antico tempo considerarono come un favore rimanere sepolti sotto le sue rovine (1).

Il senato, che era a capo della repubblica, tenevasi strettamente ed in maggioranza all'antica costituzione, alla quale andava debitore dell'alto suo posto. Ma questa parte della costituzione era la sola, alla quale era diretto il suo sentimento conservativo, che egli piuttosto cercava affermare ed estendere, poco dandosi pensiero dello spirito dell'antica costituzione in generale, che anzi dichiarando per inviolabili gli abusi, che eransene generati a favore delle più potenti famiglie e poco curandosi della essenza vera di essa: a questa esso era inclinato a rinunziare almeno a non curarvi invece di afforzarla contro la forza dei novelli costumi. Esso non si dava pensiero di assicurare il carattere dei comizi, di conservare nello stato la preponderanza dei proprietari delle terre, di assicurare la classe media dei piccoli proprietari, dai quali particolarmente dipendeva la stabilità dello stato, contro il predominio d'uno smodato estendimento della proprietà, stantechè l'opposto interesse era quello della maggioranza dei suoi membri. Persuadendosi il senato, che il suo potere fosse bastante per la stabilità dell'antica costituzione, fu causa, che il popolo divenisse una massa proletaria alla quale purtuttavia spettava il potere dell'antico *populus romanus*, dove che la classe media abbiente avida d'un celere incremento di ricchezze, davasi alle speculazioni di commercio e prendevasi l'appalto delle rendite pubbliche, formando l'*ordo equester* fra quella *plebs* secondo il nuovo concetto ed il senato. Era una degenerazione dell'antica costituzione, che le famiglie senatorie si restringessero in una classe speciale, *ordo senatorius*, non considerando più il reggimento dello stato come un ufficio, ma come interesse di partito. Ma la compiuta dissoluzione venne accelerata dalla formazione della classe dei cavalieri, che non si atteneva ad alcun elemento dell'antica costituzione, e senza un punto di appoggio pubblico e giuridico, era da tanto da far crollare l'intero edificio. Esso perciò sembrava al presente partito del senato un rivale alquanto pericoloso, cui potevasi guadagnare per condiscendenza ed a spese delle terre conquistate, nella cui depredazioni per mezzo dell'opera dei pubblicani divideva col reggente, avvincerselo colle adulazioni, e che poteva sperare di opporre ai movimenti della plebe. Distinguevansi i cavalieri come classe speciale con un posto particolare nei pubblici giuochi (2), mentre non volevasi riconoscere ad essi una condizione particolare nell'amministrazione dello stato. Ma appunto per un tale diniego si incitavano a volgersi ai nemici del partito del senato, quando questi offerissero loro una migliore condizione.

Elevaronsi degli uomini, che incitarono il popolo contro gli ottimati, contro l'uso pregiudiciale, che facevano del loro potere, ed anche contro questo. Questi popolani tutti erano stimolati al pari dei loro nemici dal-

(1) Un ritratto particolarizzato delle condizioni romane a questo tempo, e che ne fa rilevare la parte più chiara leggesi in Schlosser, *Rivista universale storica della storia dell'antico mondo* II. 2. p. 455.

(2) *Lex Roscia* 687 Ascon. *in Cornel.* (p. 19 Orell.) Cicer. *pro Mur.* 19.

l'ambizione della gloria e del potere, molti pure da più basse passioni, alcuni da più nobili sentimenti. Una violenta lotta risultonne con varii successi, e risorgente sempre quando sembrava per un momento calmarsi. Il partito degli ottimati avrebbe dovuto essere composto da migliori elementi per potersi sostenere contro una tale pressa (1). Fu esso, che nel caso estremo per trionfare dei suoi rivali rimise il suo potere ad uomini, sotto i quali la republica convertissi in un semplice fantasma.

A questo prezzo, e con rivi di sangue cittadino, che ne fu sparso, avvenne, che il partito trionfante dei popolani fu depresso, e per breve tempo parve rimessa l'interna quiete per opera di Cornelio Silla, sulla cui dittatura fu modellato il dispotismo di Cesare, e l'altro più durevole di Ottaviano.

Leges tabellariae, *iudiciariae.*

§. LXXI.

Un gran numero di determinazioni popolari deve la sua origine ai movimenti politici del settimo secolo, e servirono di armi, colle quali i partiti lottarono l'un contro l'altro.

La prima classe di queste leggi consiste nelle *leges tabellariae*, che riguardano la forma della votazione nelle assemblee popolari. Una tale votazione avvenne fino allora a bocca, e pubblicamente. Sul principio del settimo secolo i capi del popolo pensarono, che gli ottimati per la loro potenza e ricchezze ostavano alla libertà dei voti: la preponderanza, che i minori cittadini avevano col loro numero nelle colonie riusciva a nulla per la loro dipendenza dalla volontà dei grandi. La maggioranza era accessibile alla corruzione, o per altri riguardi inchinata a seguire il desiderio degli ottimati. Colla votazione segreta ed in iscritto mediante le *tabellae* s'intese sottrarre il popolo da questa dipendenza. L'estensione, che la novella maniera di votare successivamente ottenne, fu foriera della rovina della costituzione, o almeno un sintoma, ch'era già in decadenza. Giacchè soltanto chi è indipendente può vantarsi di potenza: ma un'adunanza di tale indole che abbisogna di simili mezzi per conservare la libertà dei suoi voti, non merita il supremo potere, nè certo è da tanto da conservarlo. L'antico popolo romano non abbisognava del segreto per votare liberamente, ed alla moltitudine priva d'indipendenza e d'una stabile esistenza, che affollavasi nei comizi, la licenza esterna non davale alcuna indipendenza interna. Nè trattavasi ora, se il popolo dovesse essere indipendente nelle sue determinazioni, o pieghevole al dominio altrui, ma era sola quistione, se avesse a servire agli ottimati o ai popolani. Le leggi *tabellariae* potevano avere al più per risultato di sottrarre il popolo al potere d'un partito, e sottometterlo interamente ai raggiri dell'altro. Fu prima introdotta la votazione segreta per la elezione dei magistrati: ciò fu statuito colla *lex cabinia* (615). La legge cassia del 617 ordinolla per i giudizi popolari: se la votazione segreta potesse essere giustificata, lo dovrebbe essere in questo caso, come infatti questa legge fu sostenuta da molti uomini autorevoli. Cassio aveva fatta eccezione per un solo caso, ed era quello del *iudicium perduellionis* (per il quale intendevasi a quel tempo un misfatto immediatamente diretto contro lo stato), ma anche questo venne compreso nella regola generale dalla legge *caelia* (647) (2). È manifesto l'intendimento d'un partito nella legge di Papinio Carbone (623), la quale ordinò la votazione in iscritto per tutte le determinazioni del popolo, e particolarmente anche per le legislative (3).

Alle *leges de civitate*, sulle quali operarono anche le lotte dei partiti, accennammo nelle pagine precedenti. Le leggi contro la dimora dei peregrini in Roma, *lex iunia* (628), *lex papia* (689) (4), erano in parte dirette ad ovviare alle fraudolente usurpazioni della cittadinanza, ma princi-

(1) Cicer. (*pro Sext.* 47.) esprime una generale verità quando dice: *maioribus praesidiis et copiis oppugnatur respublica, quam defenditur, proterea quod audaces homines et perditi nutu impellentur, et ipsi etiam sponte sua contra rem publicam incitantur: boni nescio quomodo tardiores sunt, et principiis rerum neglectis ad estremum ipsa denique necessitate excitantur, ita ut nonnunquam cunctatione ac tarditate, dum otium volunt etiam sine dignitate retinere, ipsi utrumque mittant.*

(2) Non riferivasi ai giudizi popolari la legge cornelia (673), la quale rimetteva alla scelta degli accusati, se i giudici dovessero votare pubblicamente o segretamente. Fu posteriormente annullata. Cicer. *pro Cluent.* 20.

(3) Le maggiori notizie su queste *leges tabellariae* leggonsi in Cicer. *de leg.* III. 15-17.

(4) Cicer. *de off.* III. 11. *pro Arch.* 5. Dion. Cass. XXXIII. 9. La *lex papia* vietò la dimora in Roma a tutti i peregrini; che non avevano il loro domicilio in Italia, compresavi la Gallia cisalpina.

palmente, ed in particolare le ultime lo furono contro il concorso della plebaglia straniera, che lasciavasi comprare dai potenti capi dei partiti per servire alle loro violenze.

Uno dei più importanti obbietti di contrasto furono i giudizi (1): i popolani mirarono a questo punto, in cui gli ottimati sembravano più deboli, ed in cui era più facile eccitare il mal contento del popolo. Accennammo precedentemente, che gli uomini più ragguardevoli e potenti usavano dei supremi magistrati come d' un mezzo per accumular denaro: naturale conseguenza si era, che l'uso dei mezzi illeciti per riuscire ad un ufficio addiveniva sempre più ordinario. Furono pubblicate leggi severe (*de pecuniis repetundis*) contro il delitto di servirsi del potere pubblico a fine di trarre dei guadagni per donazioni o altri doni e mezzi: ***lex calpurnia*** (605) (2), ***acilia Glabrionis***, ***iunia***, ***servilia***, ***cornelia*** (673) ***iulia*** (695) (3). Il senato cercò di sopprimere per mezzo di leggi, ch' esso propose, gl' illeciti tentativi per ottenere gli uffici pubblici, per i quali la corruzione nelle elezioni avveniva senza alcun freno di pudore e pubblicamente; i popolani sotto un tal rispetto non avevano alcuna cosa a rimproverare al partito contrario. Tali ***leges de ambitu*** sono la ***lex acilia calpurnia*** (687), ***tullia*** (691), ***aufidia*** (693), ***licinia de sodaliciis*** (698), ***pompeja*** (702) (4). Un altro delitto che in quei tempi commettevasi dai grandi, sovente impunemente, era quello della violazione della quiete pubblica con armamento dei servi e dei mercenari, coi quali guerreggiavano alcune volte fra loro, altre volte opponevansi alle autorità. A ciò si riferiscono le ***leges de vi***; ***plautia***, ***pompeia*** (702) ***iulia*** (*Caesaris*).

In questi processi criminali, ai quali erano principalmente soggetti i più potenti cittadini, il risultato dipendeva in gran parte dalla composizione del tribunale. Sino al principio del settimo secolo i giudizi criminali furono opera del popolo e del senato, che a mano a mano avevasi usurpata una giurisdizione in concorso con quella del popolo. Il processo veniva istruito e deciso o dall'assemblea popolare o dal senato, o pure l' istruzione ed il giudizio erano rimessi ad uno o più magistrati assistiti da un ***consilium*** (scelto fra i senatori), secondo il cui avviso decidevano. Lucio Calpurnio Pisone, che nel 605 dette la prima legge sul ***crimen repetundarum***, statuì una novella forma al tribunale, avanti di cui la quistione doveva essere trattata. La ***quaestio de pecuniis repetundis*** fu rimessa ad un pretore come *quaestio perpetua* per tutte le accuse contro un tale delitto intervenienti nell' anno del suo ufficio, ed ad un questore per ogni singolo caso. Ad un tale questore però non fu dato decidere coll'assistenza d' un ***consilium*** da lui stesso eletto; ma gli fu sottoposto un collegio, i cui membri dovevano decidere a maggioranza di voti avendo il questore la sola direzione della procedura. I giudici dovevano essere in ogni anno eletti dal pretore fra i senatori in un determinato numero, e da una nota ordinata secondo le diverse tribù, ***album iudicum selectorum***. Fra questi traevasi a sorte per ogni caso speciale un determinato numero di ***iudices selecti***, ed istituivasi in tal modo il tribunale. Nei tempi posteriori col crescere sempre più dei delitti furono ordinate queste *quaestiones perpetuae*, sicchè un tal modo di procedura addivenne bentosto la regola ordinaria (5).

Le accuse a causa d'un delitto, quando erano dirette contro un potente cittadino, e particolarmente nei delitti di abuso del potere pubblico e di guadagni illeciti, erano sovente un affare di partito: era dunque inevitabile, che anche il giudizio seguisse le medesime vicende. I giudici senatori assolvevano molti della loro classe, che giudicati da un tribunale imparziale non avrebbero potuto sottrarsi ad una condanna. Lo sforzo dei popolani era quindi diretto ad escludere i senatori ed i loro dipendenti da un tale tribunale, quelli degli ottimati a conservarveli. Le leggi, le quali riguardano la composizione dei tribunali nelle ***leges perpetuae***, sono dette ***leges iudiciariae***, sia che si occupino esclusivamente d'un tale obbietto, o in occasione di qualche delitto. La prima legge, la quale vietò di scegliere i senatori per ***iudices electi***, fu la ***lex sempronia*** (632) di C. Gracco: ne seguì, che i giudici furono eletti fra la classe dei ca-

(1) Mommsen, *Sulle leges iudiciariae del settimo secolo fino alla lex aurelia.* Giornale per la scienza delle antichità 1843 nr. 102-104.
(2) Cicer. *de off.* II. 21.
(3) Klenze, *Fragm. legis servil. Prolegom.* p. IX.
(4) Dion. Cass. XXXV. 21. XL. 52. Ascon. *in Corn.* (Orell. p. 68.) Cicer. *Ad Att.* I. 16. *pro Planc.* 15. *pro Sest.* 64.
(5) Cicer. *Brut.* 27. Geib, *Stor. della proced. crimin. romana* p. 169. Laboulaye, *Essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats* 1845. p. 183.

valieri: non ancora erasi pensato a scendere fino alla classe inferiore, i pretori scelsero i più eminenti fra quelli, ch'era loro permesso scegliere (1). Il popolo addimostrossi contento dei giudizi de' cavalieri (2): ma la causa della giustizia avvantaggiossi poco per un tale cambiamento rispettivamente al *crimen repetundarum*. Bastava ai magistrati delle province cattivarsi i publicani per essere sicuri del giudizio dei membri della classe di questi, come un tempo dei giudici senatori; sicchè i sudditi avevano non solamente a saziare l'avidità dei magistrati, ma sopportare anche le spese della corruzione dei loro futuri giudici (3). La *lex servilia Caepionis* (688) operò una breve interruzione dei giudizi dei cavalieri, derogando alla legge sempronia. Probabilmente non più tardi del seguente anno fu pubblicata la *lex servilia Glauciae repetundarum*, la quale confermò l'esclusione della classe dei senatori dai tribunali. Dicesi di questa medesima legge, che avesse data la facoltà di giudicare ai cavalieri: dal suo contenuto scorgesi, che ciò non avvenne espressamente, ma soltanto in conseguenza della esclusione dei senatori. Il pretore, il quale aveva la *quaestio* sul delitto, doveva scegliere 450 cavalieri, dai quali dovevansi trarre a sorte i giudici per ogni singolo caso. Non poteva esservi eletto alcuno, che fosse o fosse stato *tribunus plebis*, *quaestor*, *triumvir capitalis*, *tribunus militum* ad una delle quattro prime legioni, *triumvir agris dandis assignandis*, che faceva o avesse fatto parte del senato, inoltre niuno *infamis*, minore dei 30 anni, o maggiore dei 60, che non abitasse in Roma, o nei più vicini luoghi circostanti, che era padre fratello o figlio di chi era o fosse stato nel senato, niuno assente al di là del mare. Della tavola, sulla quale fu incisa questa *lex servilia*, pervennero a noi sette frammenti, dei quali due minori trovansi in Vienna, quattro maggiori in Napoli, uno era in Parigi, dove posteriormente andò perduto. Questi frammenti furono stampati fin dal decimosesto secolo, ma a Klenze il primo riuscì scovrirne l'ordine che dovettero avere nell'intera tavola primitiva, della quale non formano nel loro insieme la metà, e restituirne la legge per quanto fu possibile (4). Il tribuno del popolo M. Livio Druso il giovine, che volevasi aprire la via al potere fra i partiti pubblicò fra le sue leggi (663) anche una *lex iudiciaria*, colla quale disponevasi che i giudizi dovessero essere divisi fra il senato e la classe dei cavalieri (5), ma lo stesso senato non molto dopo che erano passate vi derogò con un decreto col pretesto di essersi negletti gli auspici (6). La *lex plautia* aprì una novella via (665) ordinando, che i giudici dovessero essere scelti fra le tribù, da ciascuna cinque senza limitazione di classe, sicchè da quel tempo senatori e cavalieri ed anche alcuni della terza classe intervennero nei giudizi (7). La vittoria degli ottimati sotto Silla fece abilità al senato di escluderne gli altri, e la *lex cornelia* (673) ordinava, che dovesse ristabilirsi l'ordine anteriore alla legge sempronia (8), alla quale derogossi colla *lex aurelia* (684), che accomunò la giurisdizione ai senatori, ai cavalieri ed ai *tribuni aerarii* (9). Posteriormente Pompeio pubblicò tre *leges iudiciariae* (699 e 702) (10) che conservando la partecipazione delle tre classi, ne cambiava la elezione, e dava novelli ordinamenti sulla votazione dei giudici per ogni singolo caso. Infine escluse Cesare dai giudizi i *tribuni aerari*, essendone capaci secondo la *lex iulia* soltanto le due prime classi (11).

Leges frumentariae, agrariae.

§. LXXII.

Se i popolani colle loro *leges iudiciariae* intesero a trarre nel loro interesse la classe dei cavalieri, non trasandarono di attirarsi la moltitudine del popolo minore con leggi, ch'erano dirette al suo immediato vantaggio. Tra queste sono da noverare avanti tutto le *leges frumentariae*, colle quali fu ordinato la distribuzione del frumento per un prezzo minore. La prima di esse è la *lex sempro-*

(1) Appian. *De bell. civ.* I. 22. Schol. *Ad divin. in Caecil.* 3. (Orell. p. 103.)

(2) *Iudicaverunt (equites) per annos* XXXX *sine infamia* Schol. cit.

(3) *Antea, quum equester ordo iudicaret, improbi et rapaces magistratus in provinciis inserviebant publicanis etc.* Cicer. *Verr.* III. 41.

(4) *Fragm. legis serviliae repetundarum ex tab. aereis primum coniunxit, restituit, illustravit C. A. Klenze Berol.* 1825 Questi frammenti sono attribuiti alla *lex acilia* da Zumpt, *De legibus iudiciisque repetundarum* 1842. p. 22.

(5) Vell. II. 13. Liv. *Epit.* 71.

(6) Ascon. *In Corn.* (Orell. p. 68.)

(7) Ascon. *l. c.* (Orell. p. 78.).

(8) Cicer. *In Verr. Act.* I. 13.

(9) Ascon *In Corn.* (Orell. p. 67.) Vell. II. 32.

(10) Ascon. *In Pison.* (Orell. p. 16.)

(11) Svet. *Iul.* 41. Cicer. *Philipp.* I. 8.

nia di C. Gracco (631) (1). Sotto Cesare il numero dei cittadini, che in Roma ricevevano il frumento dallo stato, era di 320000; egli li ridusse a 170000 (2). Era questo un male, che una volta introdotto, non era più possibile distruggere (3).

Di molto maggiore importanza erano le *leges agrariae*, che avevano a loro obbietto l'*ager publicus populi romani*, e l'assegnazione di questo alla classe più povera del popolo (4). Anche nel settimo secolo lo stato aveva in Italia vasti territorii, sebbene molti già da lungo tempo erano divenuti proprietà privata per assegnazione e stabilimento di colonie. Queste terre comuni erano destinate in parte alla cultura, in parte al pascolo: i censori le davano in appalto per la decima o per un determinato prezzo in grandi estensioni, sicchè riusciva soltanto ai ricchi potere partecipare del loro godimento. I popolani cercarono accommunare ai più poveri le terre comuni. Se un tale tentativo fosse stato intrapreso ed attuato nel suo retto senso, lo stato, i cui principali elementi erano in dissoluzione, avrebbe potuto conservarsi, e l'antica costituzione, colla quale Roma erasi elevata a tanta grandezza, sarebbesi rafforzata, e per lungo tempo assicurata dalla sua rovina. Il male pubblico consisteva in ciò, che la moltitudine del popolo era senza proprietà territoriale ossia priva del fondamento naturale d'ogni stato, essendo una plebaglia pericolosa e senza freno. Ne era prima cagione l'illimitata avidità dei ricchi di occupare esclusivamente i terreni: e nondimeno ciò non sarebbe stato pregiudiciale, se la classe minore dei cittadini non fosse stata allontanata dall'occupazione dell'agricoltura. Certo la partecipazione di questi all'agricoltura come fittaiuoli, o con dritto ereditario avrebbe nello stesso tempo apportata una interna modificazione nell'antica costituzione per la dipendenza, nella quale questi vassalli si sarebbero trovati verso i proprietari, ma sarebbe stato questo il minore dei mali. Questi medesimi rapporti avrebbero cominciato pure a formarsi per le terre delle città (*agri vectigales*) dei tempi posteriori. Ma anche un tal mezzo di rendere innocua la grande proprietà dei ricchi fu escluso dalla istituzione della schiavitù. I grandi proprietari trovarono più sicuro e vantaggioso lasciar coltivare le loro terre da un numero immenso di schiavi. Dal che originossi per lo stato un nuovo e più visibile pericolo: già nel 618 e 619 erano cominciate in Sicilia le sollevazioni degli schiavi, le quali si distesero rapidamente per l'Italia, e non si venne a capo di sopprimerle senza un potente conato. La legge licinica, colla quale fin dal quarto secolo cercossi provvedere ed ovviare a tanto male, era caduta in disuso.

Il più nobile fra tutti gli uomini di partito del settimo secolo, Tiberio Sempronio Gracco sentì il bisogno di opporre un rimedio a questo pericolo, ed anche i suoi nemici politici non si arrischiarono a pareggiar lui coi suoi turbolenti successori nella direzione del partito popolare (5). Non può essere accusato d'avere intrapresa la sua riforma come capo partito, essendo questa la colpa dei tempi e del partito contrario; ma fu il genio del male, che allora in Roma come quasi sempre e dovunque ridusse a male la riuscita dell'opera buona. La sua legge, *lex sempronia agraria* (621) formata coll'intervento dei più eccellenti uomini del tempo, di Crasso, di M. Scevola (posteriormente pontefice massimo ed allora console) di Appio Claudio (6) applicò la determinazione della *lex licinia de modo agri* al possesso dello terre comunali, ordinando che niuno dovesse possedere più di 500 *iugera* del *ager pubblicus*, ma che ogni figlio facesse aumentare questa misura di 250 *iugera*. Quello che un cittadino trovavasi possedere di più, dovevagli esser tolto e spartito fra i più poveri non come proprietà, ma col medesimo dritto come prima, *ager publicus* per de-

(1) Appian. *de bell. civ.* I. 21. Liv. *Epit.* 60 annullata dalla *lex octavia*. Cicer. *Brut.* 62. *offic.* II. 21. Le leggi posteriori di simile ragione sono la *lex cassia terentia* (681 dai consoli di quest'anno), *clodia* (696), la quale ultima ne ordinava la distribuzione gratuita. Ascon. *In Pison.* (Orell. p. 9.).

(2) Sveton: *Iul.* 41 Savigny, *Giorn. per la scienza storica del dritto* XI. p. 51.

(3) Sveton. *Octav.* 42.

(4) Rudorff, *Legge agraria* di *Sp. Thorius* *op. cit.* X. 1. (con una eccellente critica di Huschke). Zumpt, *Sulle colonie militari romane.*

(5) Quando Cicerone (*agrar.* II. 5.) dice: *non sum autem ego is consul, qui ut plerique nefas esse arbitrer, Gracchos laudare quorum consiliis, sapientia legibus multas esse video rei publicae partes constitutas*, è questa una confessione molto più vera di quello che egli in altra occasione per troppa debolezza dice: *propter turbulentissimum tribunatum, ad quem ex invidia foederis numantini bonis iratus accesserat, ab ipsa re publica est interfectus*, d'un assegno, col quale il senato dette il segnale a tutti i fatti sanguinosi, che occasionarono la rovina della republica.

(6) Plutar. *Tib. Gracc.* 9.

cima o per un prezzo. L'attuazione ne fu rimessa ad un magistrato speciale, *tresviri agris dandis assignandis*. Avevasi per scopo di convertire la moltitudine dei proletari in una classe stabile di agricoltori, ed in tal modo e nello stesso tempo popolare di abitatori liberi i territori deserti ed abitati soltanto da schiavi. Il provvedimento era certo alquanto duro per i ricchi: sebbene non attentasse alla loro proprietà, per quanto grande si fosse, ma ad un possesso dato loro precariamente dallo stato, possesso invero che era passato per molte generazioni nella loro famiglia, e sul quale avevano forse speso moltissimo, e che essi senza abbadare alla possibilità d'una ripresa da parte dello stato come proprietario, avevano acquistato per compra o per permuta. Nientedimeno la legge non violava il dritto privato: la violazione di quei privati interessi acquistati da loro soltanto per lunghezza di tempo era perfettamente giustificata dalle condizioni dei tempi: questo ci apprende la storia d'un'epoca posteriore, nella quale i romani patrioti ebbero a dolersi della opposizione fatta alla legge sempronia, ed a desiderare il provvedimento del tribuno del popolo perseguitato come rivoltoso dai suoi contemporanei. Egli aveva offerto un compenso ai possessori: ma quando mostraronsi riottosi a tanta dolcezza, fece rigorosamente uso del dritto, che incontestabilmente appartenevasi allo stato.

Alla esecuzione della legge si oppose un senato consulto, che non riconobbe la nominata commissione. C. Gracco la propose novellamente colla *lex sempronia* del 631. Il senato per contrario appigliossi all'indegno mezzo di lasciar proporre per mezzo del tribuno M. Livio Druso leggi, che importavano concessioni apparentemente maggiori per il popolo, sperando togliere in tal modo il favore di questo a Gracco. Dopo la morte di lui pubblicò una legge, che permetteva l'alienazione delle terre divise vietata dalla legge sempronia, e che non poteva non riuscire accetta alla plebe, giacchè faceva abilità a questa di convertire in denaro le terre, nel medesimo tempo che porgeva occasione ai ricchi di escluderne novellamente i poveri dal possesso. Una seconda legge vietò qualunque divisione delle terre comuni, ch'erano divenute un possesso privato, e derogò interamente alla legge sempronia, il cui benefico scopo era già fallito per mezzo della prima, disponendo per contrario, che le imposte da pagarsene dai possessori dovessero essere spartite fra i poveri. Vi si aggiunse infine l'esenzione dei possessori dalle imposte (1) Ciò avvenne per mezzo della *lex thoria* del 643, mediante la quale furono convertite in proprietà privata le terre acquistate prima delle leggi agrarie, o concesse da queste, compresevi le concessioni derivanti dalla legge *thoria* del *ager publicus* italico. Di questa legge *thoria*, che conteneva anche delle disposizioni sulle terre comunali di Africa e quelle esistenti nel territorio di Corinto, ci pervennero considerevoli frammenti sulla parte di dietro degli avanzi della tavola, sulla cui parte di avanti si contiene la citata legge *servilia* (2).

Il fatto delle leggi agrarie non cessò di servire costantemente e ripetutamente di argomento di lotta nelle agitazioni politiche. Non pochi tribuni considerarono le terre comunali come un bottino per se e per la classe inferiore del popolo da loro dipendente, non curanti se da un tale sagrificio potesse risultare un vantaggio duraturo per il pubblico bene. Molte di queste leggi rimasero senz'applicazione, come la *lex marcia* (650), *apuleia* (654). *titia* (655), *livia* (663), *servilia Rulli* (691). Cesare infine (*lex iulia agraria*, 695), divise tutte le terre che erano rimaste indivise allo stato anche in Italia. Egli aveva la potenza e la capacità di assicurare la sua legge contro tutti i tentativi e le insidie (3). La legge era conforme alla condizione dei tempi, e non biasimevole, ma in essa si ascondeva il dispotismo del suo autore e la rovina dell'antica costituzione (4).

Il ius civile e le sue fonti.

§. LXXIII.

Dei due elementi, dei quali componevasi il più antico dritto romano, e che noi denominammo il rammense, ed il quirite, l'ultimo aveva preso nel precedente periodo un predominio decisivo, essendo addivenuto il dritto comune dei cittadini romani. Come tale fu scritto nelle XII tavole al principio di questo periodo. È questa l'espressione primitiva del *ius civile*: con questa conservossi anche l'altra *ius quiritium* in

(1) Appian. *de bell. civ.* I. 27.
(2) Restituita da Rudorff, ed arricchita da un dottissimo commentario sui differenti punti del suo contenuto.

(3) Dion. Cass. XXXVIII. 1-7.
(4) Catone: io non temo la legge, ma la ricompensa, che ne spera il suo autore.

alcune formole speciali, per mezzo delle quali si protrasse fino ai tempi posteriori del popolo romano. Il *ius quiritium* è un dritto, che suppone una distinzione nell'interno del popolo, esso è opposto al dritto rammense, ed anche posteriormente non è detto di tutti i dritti d' un cittadino romano, che consistano *ex iure quiritium*. Questo è il dritto privato puro e distinto dal pubblico; quello che l'individuo afferma esclusivamente come suo, lo dice *meum ex iure quiritium*. Il *ius civile* per contrario ha la sua opposizione fuori del popolo romano, nei dritti degli altri popoli: qualunque sieno le distinzioni interne, il *ius civile* è il dritto proprio dei romani pensato astrattamente ed in opposizione con quello degli altri popoli.

Ma simultaneamente a questo *ius civile* si svolge nel corso di questo periodo un' altro dritto; ed elementi nuovi, che erano estranei al carattere naturale della nazione romana, penetrano nel dritto dei romani. Con ciò addivenne lo stesso *ius civile* soltanto una parte di tutto il dritto romano, ricevendo in tal modo una distinzione nell' interno stesso dello stato. Come questo sia avvenuto, si addimostrerà nella storia del *ius gentium*.

Nello stesso modo si spiega il concetto del *ius civile* in alcune altre distinzioni. La prima è quella del dritto pretorio, la cui connessione col *ius gentium* sarà addimostrata appresso: si spiega quindi l'uso della parola (*ius civile*) in opposizione con alcune leggi più recenti, le quali ruppero il rigore e la conseguenza del *ius civile* coll'applicazione di opinioni giuridiche più recenti, opposizione, che ha la sua simiglianza con quella del *ius gentium* nel suo sviluppo posteriore. Ma dicesi *ius civile* anche il più antico dritto in opposizione delle leggi più recenti, le cui disposizioni non furono cagionate da motivi giuridici ma politici: più sovente occorre una tale espressione in opposizione del dritto della *lex iulia* e *papia* (1). A questa distinzione si assimiglia quella colle leggi criminali (2); che distinguonsi però dal *ius civile*, *quod ad omnes pertinet*, anche in quanto i buoni cittadini non le considerano come un dritto scritto per essi.

Il fondamento del *ius civile* erano le leggi delle XII tavole. A questo dritto deesi aggiungere una gran parte di dritto non scritto, vivo e sviluppandosi nella coscienza del popolo, dritto consuetudinario. Entrambi, il dritto scritto ed il non scritto, erano perfettamente della stessa natura, entrambi erano proprietà nazionale. Le XII tavole contenevano i principii fondamentali dell' intero dritto: il rimanente sembrava essere uno sviluppo, altrettanti rami, che si attenevano a quel tronco. Il dritto non scritto svolgendosi nella coscienza pubblica, e sempre novellamente riproducentesi fu in armonia colle leggi delle XII tavole. Fu questo l' ufficio dei dotti giuristi di quel tempo. È perciò che il dritto consuetudinario coesistente col legislativo fu detto *interpetratio duodecim tabularum* (3). Queste parole esprimono una naturale prevalenza del dritto accettato per espressa determinazione del popolo; e nel medesimo tempo dovevasi considerare come meno pericoloso in quei tempi attenersi per quanto più strettamente era possibile nell' applicazione del dritto alla legge fondamentale fermatasi per lunga tradizione fra le due classi, particolarmente finchè l' amministrazione del dritto fu esclusivamente esercitata dai patrizi. Le XII tavole avevano ancora sotto un tale rispetto la qualità d' una legislazione occasionata da bisogni reali e compiuta con uno spirito molto vero, stantechè la parola scritta di esse non era di ostacolo allo sviluppo del dritto ma per contrario lo favoriva somministrando ad esso le più sicure basi.

Il *ius civile* ebbe ancora altre fonti ed organi, per i quali si svolse. Cicerone l' enumera nel seguente modo (*top.* 5): *leges, senatus consulta, res iudicatae, iusperitorum auctoritas, edicta magistratum, mos aequitas*. La *aequitas* è l' elemento intimo ed animatore d' ogni dritto, come pure nel medesimo scritto la definizione del *ius civile* è data nel seguente modo: *est aequitas constituta iis, qui ejusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas;* ed in altro luogo (*Rhet ad Herenn. III. 2.*): *iustitia est aequitas ius unicuique tribuens pro dignitate cuiusque*. Da questo principio spirituale del dritto bisognava che fosse regolato e compreso chiunque avesse voluto intenderlo ed applicarlo rettamente, e non assimigliarsi a quelli, i quali *in omni iure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt*, (Cicer. *pro. Mur.* 12.), sia che questo spirito del *ius civile* sia in lui naturalmente come sentimento, o l'abbia acquistato scientificamente, nel quale caso è adoperata l'espressione

(1) Cajo II. 206. Ulp. XXIV. 12-13.
(2) Cicer. *In Verr.* I. 42. *pro Caec.* 1.
(3) Pomponio, *L.* 2. §. 5, 6, 38. *D. de orig. iur.* Di ciò sarà trattato più diffusamente quando faremo parola dell' attività dei *prudentes*.

civilis ratio. Cicerone perciò aggiunge alle altre fonti del dritto civile l'*aequitas*, come indispensabile per compierle (1).

Tra le fonti esterne *mos* si assimiglia più da vicino a questo intimo mezzo di conoscimento del dritto: la consuetudine è il sentimento giuridico del popolo incorporato nella sua attività; in essa si riflette nel modo il più immediato il vero spirito del suo dritto.

Un organo esterno del dritto sono pure le *res iudicatae*. Il giudizio del magistrato, il quale applica ad un caso speciale il dritto a lui noto, ha sulle prime per effetto di decidere una quistione speciale giuridica, ma contiene nel medesimo tempo il riconoscimento e la manifestazione del principio, che viene applicato al caso presente: ed in quanto può presumersi, che il giudice abbia rettamente concepito ed applicato il dritto, potrà farsi d' un tal giudizio l' uso di affermare nei casi simili posteriori, che l'anteriore sia stato in tal modo deciso, e che dal giudice un tal principio sia stato riconosciuto come esistente: la quale affermazione avrà maggior peso quando si riporterà a giudizi vari ripetuti ed uniformi. È questa l' *auctoritas rerum iudicatarum*, che addiviene un mezzo naturale per la conoscenza d' un principio giuridico, che non si manifesta come certo nelle altre fonti, un organo del dritto, il cui uso addiviene tanto più importante, quanto maggiormente, come avveniva in Roma, l' attenzione del giudice è destata dall'intervento del pubblico, e la sua opinione regolata dall'assistenza degli uomini più intelligenti. Che Cicerone nella enumerazione delle fonti alloghi le *res iudicatae* dopo i senatoconsulti, ne è ragione, ch' egli consenziente allo spirito del suo partito considera il senato come il *gremium*, dal quale dovevansi prendere i giudici, come in realtà era questo un dritto tradizionale derogatovi solamente per le più recenti leggi popolari. Le *res iudicatae* sembrano a lui come un' emanazione del potere, che il senato esercitava sul *ius civile* per mezzo dei singoli membri; come colla sua generalità per mezzo dei senato-consulti.

Restano altre quattro fonti del *ius civile*, che sono non solo speciali alle condizioni giuridiche romane, ma in parte almeno presero una forma al tutto particolare, ed abbisognano perciò d'una più diffusa trattazione. Forse ci riuscirà in tal modo deffinire la quistione della loro forza sullo sviluppo del dritto romano in questo periodo, come pure indicheremo quello, che di esse è rimasto fino ai nostri tempi.

A. *Leges*.

§ LXXIV.

Le deliberazioni popolari sono in parte vere *leges* (*populiscita*) ossia le determinazioni dei comizi curiati e centuriati, parte *plebiscita*, deliberazioni dei comizi tributi. Un tal nome continuò ad essere puramente plebeo anche per lungo tempo, poichè questi comizi erano cessati, come pure i *tribuni plebis* denominaronsi sempre nel medesimo modo, quando il loro ufficio non riguardava la sola plebe ma tutti i cittadini, ch'essi avevano ad assicurare da qualunque abuso del potere dei magistrati. Il pareggiamento delle deliberazioni delle tribù con quelle delle centurie ebbe per conseguenza, che il nome *lex* fosse esteso anche ai plebisciti; senonchè nel linguaggio proprio e pubblico, quale è usato nelle leggi, alla indicazione più generale *lex* si aggiunge l'osservazione, ch' essa sia un plebiscito: *lex plebeivescitum*, *lex sive plebiscitum* (2). In tutt' altro caso e generalmente la legge è detta puramente *lex*, e solo quando si vuole accennare o si dà importanza alla sua origine è detta plebiscito (per esempio, *lex canuleia*, *plebiscitum canuleium*). Precedentemente osservammo, che il maggior numero delle leggi, nelle quali vennero formolati dei principii giuridici, sono plebisciti.

La *lex* era presentata e proposta da un magistrato, che convocava a questo fine l'assemblea davanti all'adunanza popolare, al che adempivasi nei tributi comizi da uno o più *tribuni plebis*, ne'comizi centuriati soltanto dai magistrati superiori. La legge si denominava da coloro, dai quali veniva proposta. Fin dall'annunzio ed appello dei comizi era fatto noto l' obbietto, che doveva essere loro presentato (*promulgatio legis*); tenevansi pure preventive concioni, per esporre al popolo e persuaderlo del contenuto della proposta. Tutte queste solennità, colle quali presentavasi una proposta al popolo, erano comprese nella espressione: *legem auferre: rogare legem* è detta la formola solenne, colla quale il magistrato interrogava il popolo convocato per deliberare: *velitis iubeatis hoc*, *Quirites*, *rogo*. Egli stesso usava pronunziare una orazione a sostegno della sua proposta; altri (*sua-*

(1) Schilling, *Istituzioni*, v. II. p. 37.

(2) Nello stesso modo che *arbitri* sono detti *iudices*, ma colla indicazione più speciale, *iudex arbiterve*.

sores legis) la difendevano, come pure davasi campo ai *dissuasores*. *Auctor legis* era detto colui, che sosteneva la legge: come il senato con una deliberazione poteva addivenire *auctor*, lo poteva pure un individuo colla sua difesa, quando questa per l'autorità personale di quello era di tale importanza da meritare un tal nome. Tutti questi fatti preventivi addivennero particolarmente importanti, quando cessò la cooperazione di molti corpi politici per una legge, e questa potevasi formare per deliberazione d' una sola assemblea. La lex *caecilia* e *didia* (centuriata del 656) era diretta a prevenire i tentativi di fare assentire una legge per sorpresa, come più volte avvenne nei tempi posteriori. Essa ordinava la promulgazione della proposta nei tre precedenti giorni di mercato, e vietò nel medesimo tempo qualunque altro mezzo di ottenere una deliberazione, e la simultaneità di molte e varie proposte in una sola rogazione (1). La votazione cominciava colla esclamazione: *discedite*, ed allora il popolo si spartiva nelle varie tribù. Avveniva come risposta alla rogazione colle parole: *uti rogas*; o in caso di diniego: *antiquo*. La tribù, che votava la prima chiamavasi *principium*: nella pubblicazione della legge era detta *tribus . . . principium fuit*, *pro tribu ... primus scivit*. Può ritenersi per certo, che l' autore della legge sceglieva il *principium*; ma non è concepibile, che prendesse un tal nome una tribù, che avesse votato contro la legge; il che sarebbe avvenuto spesso, se il primo voto fosse stato dato a sorte, come avveniva per le elezioni.

L' esatta e corrispondente formazione della legge era rimessa al magistrato, che l'aveva proposta, ed al quale non poteva mancare il soccorso degl' intelligenti della materia. Al popolo la legge era proposta nella sua forma generale; ma l'espressione, e lo sviluppo del suo contenuto nelle determinazioni speciali non erano obbietto di discussione, o di deliberazione della moltitudine. La intelligenza pratica dei romani comprese, che la composizione d' una legge dee essere il lavoro di pochi, e che una proposta di legge difettosa non diventerà migliore per il concorso d' una grande assemblea.

Un punto importante per l' efficacia delle leggi era la *sanctio legis*, ossia quella parte della legge, colla quale provvedevasi alla violazione di essa (2). Dalla esistenza e dalla qualità d'una tale sanzione si è originata una distinzione nel dritto privato, col quale qualche cosa è comandata o vietata. Quando una tale legge conteneva una *sanctio*, colla quale era dichiarato nullo l' atto, che era in contradizione colla legge, era detta *lex perfecta*. Una tale sanzione poteva anche mancare alla legge non per negligenza, ma perchè credevasi più conveniente non decidere a tal proposito in generale, ma piuttosto rimettarne l'applicazione nei particolari al criterio del magistrato. Così la *lex cincia* vietando le donazioni al di là d'una determinata somma intendeva a prevenire la sconsideratezza e la precipitanza: ma la legge non si opponeva a quelle, alle quali non potevasi decisivamente fare un tale rimprovero: se dunque una donazione si dovesse per una tale ragione rispettare, o annullare, era rimesso alla decisione del magistrato. Questa sarebbe stata esclusa da quella sanzione, colla quale si sarebbe dichiarato nullo ogni atto contrario all'ordinamento della legge; è perciò che la legge fu pubblicata come *lex imperfecta*, ossia senza sanzione. Fra questi due casi stava una legge, che non era *imperfecta*, ma aveva una sanzione sebbene non tale, che annullasse l'atto vietato, ma ordinava soltanto una pena per esso: Ulpiano denomina una tale *lex minus quam perfecta*. La legge, che egli riporta come esempio si riferisce egualmente alla limitazione apposta ad alcuni doni ed ai legati ad una determinata somma. Anche i legati maggiori di questa non erano annullati dalla *lex furia*, ma chi se ne avesse voluto giovare senza essere nel novero delle persone per le quali facevasi una eccezione, avrebbe dovuto restituirne il quadruplo.

Un numero considerevole di leggi è ricordato negli antichi scrittori (3): La maggior parte di esse ci pervenne soltanto con una esposizione generale o più particolare del loro contenuto, molte ci sono note per la citazione letterale di singoli brani, alcuni originalmente in maggiori o minori frammenti. Il numero maggiore riguarda i rapporti pubblici, ma anche non pochi punti particolari del dritto

(1) *Or. pro domo* 29. Cicerone. *Philipp.* V. 5.

(2) *Rhet. ad Herenn.* II. 10: *ut altera rogat, altera permittat — plus enim valet sanctio permissione.* Pap. 4. 41. D. *De poen.: Sanctio legum quae novissime certam poenam irrogat iis qui praeceptis legis obtemperaverint.* Cicer. *De invent.* II. 49.

(3) Ant. Augustino, *de legibus et senatus consultis. Ad legum etc. fragmentis. c. n. Fulvii Ursini* 1583. Molto più utile è l' enumerazione data da Baiter (Orell. *momast. tull.* p. III. p. 117-307): *index legum rom. quarum apud Ciceronem utriusque scholiastas, item apud Livium, Velleium, Gellium nominatim mentio fit.*

privato furono cambiati o statuiti dalle deliberazioni popolari: i cambiamenti nella legislazione erano tanto poco inuditi, che la quistione della contradizione delle leggi prende un posto particolare negli scritti dei retori (1). Nondimento lo sviluppo del dritto non dee essere attribuito dopo le XII tavole interamente alle leggi; questo avvenne pure per altri organi, dei quali faremo parola appresso. Non fu pubblicata nessun'altra legge, che, sia pure in un modo approssimativo, pareggiasse la legislazione decemvirale in estensione: sono singole materie quelle per le quali fu sentito il bisogno di determinarle con una deliberazione popolare. Può inoltre osservarsi, che nella maggior parte delle leggi di dritto privato è sempre osservabile un rapporto pubblico che fu l'occasione del progresso della legislazione: sicchè la legge, sebbene appartenesse al dritto privato in quanto al suo obbietto, è fuori il giro di esso in quanto alla formazione ed allo scopo, che intendevasi raggiungere con essa, e porta sempre un colore politico almeno per la sua origine. Questo può dirsi delle leggi sugl'interessi: *duilia maenia* 397, l'altra del 407, *genucia* 412, *martia*, *sempronia* 561, *gabinia*: sul dritto relativo ai debiti: *petelia papiria* 428, *iulia de cessione bonorum*: sulle garenzie *furia*, *apuleja*, *publilia*, *cornelia*; la *lex plaetoria* a favore dei minori: le leggi sulla tutela, *atilia*, *iulia et titia*: le limitazioni apposte alle donazioni colla *lex cincia* 550, ai legati colla *lex furia*, ai legati ed al dritto ereditario delle donne *lex voconia* 585: anche le leggi sulla usucapione: *atinia*, *iulia et plautia* avevano in parte una indole politica non meno della legge *aquilia*.

Di queste leggi di dritto privato faremo particolarmente parola nella storia di questo; di quelle relative alla procedura nelle quistioni giudiziarie nella storia delle procedura civile in occasione di quelle materie, alle quali si riportano. Nella storia della costituzione prendemmo in considerazione le leggi che immediatamente si riferiscono al dritto pubblico, ed indicammo quelle che ci pervennero in parte sui frammenti maggiori o minori delle tavole metalliche, sulle quali furono gravate.

B. *Senatusconsulta*.

§. LXXV.

I nostri storici di dritto quistionarono moltissimo, se in questo periodo il senato avesse potere legislativo, e come i giureconsulti romani si esprimevano, avesse potuto *ius* facere, o se i senatoconsulti tenessero *legis vicem*. Fatta astrazione dalle ragioni che si fondano sopra errori comuni, che ambe le parti sostennero, si è risoluta la quistione per l'affermativa, giacchè Cicerone novera i *senatusconsulta* fra le fonti del dritto civile immediatamente dopo le leggi; ed in realtà occorrono anche in questo periodo dei senatoconsulti relativi al dritto privato, per esempio quello del 577 (Liv. XLI. 9.), col quale per prevenire, che furtivamente non si usurpasse la cittadinanza romana, si raccomanda ai magistrati, che nelle manomissioni dovessero richiedere il manomittente del giuramento, che la manomissione non avveniva *civitatis mutandae causa* (2). Dall'altra parte si è ricordata la condizione del senato in generale, la quale escludeva il potere legislativo, e si è aggiunto che si dovesse distinguere fra una legge ed una semplice determinazione di dritto, qual'era possibile senza quel potere, e si sono quindi considerati i senatoconsulti come semplici ordini ed istruzioni ai magistrati (e tale era appunto quello pocanzi riportato), e che non potevano avere altra forza che quella che avrebbero potuto dar loro i magistrati, e che questi dovevano dare a causa delle loro relazioni col senato. Si riporta a tal proposito anche un brano di Dionisio (IX. 37), il quale racconta, che al tribuno Genucio, (283) richiedente una divisione di terre fra la plebe in forza d'un senatoconsulto dato dodici anni prima ma non attuato, fosse stato risposto dai consoli, ch'essi non lasciavansi imporre da un senatoconsulto, giacchè questo non era una legge, e che valeva soltanto per un anno, ed in questo per i magistrati, per i quali fu fatto (3).

Questa controversia prenderà tutt'altra forma, quando si consideri, che quello che i nostri dotti presero ad obbietto d'una discussione filologica, fu in questo momento

(1) *Rhet. ad. Heren.* II. 10. *Quum duae leges inter se discrepant, videndum est primum num qua obrogatio aut derogatio sit* etc. Cicerone, *de invent.* I. 13. II. 49. Ulpiano ci fa conoscere l'espressioni tecniche per i cambiamenti: *lex aut rogatur*, i. e *fertur*, *aut abrogatur*, *i. e. pars primae tollitur*, *aut subrogatur*, *i. e. adiicitur aliquid primae legi*, *aut obrogatur*, *mutatur aliquid ex prima lege.*

(2) Hugo, *Storia del dritto rom.* p. 406.

(3) Huschko, *Inc. auct. magistratuum etc. expositiones* (1829) p. 6 — 12.

argomento d'una lotta politica fra i Romani (1).

Trattammo più particolarmente per il tempo anteriore e nella storia della costituzione della partecipazione del senato alla legislazione. Fuvvi un tempo in cui il suo consenso era essenziale. Esso aveva l'iniziativa per le leggi centuriate: era *auctor* per la proposta della legge ai comizi, deliberando: *ut de ea re ad populum ferretur*. Ch' esso dopo la *lex publilia* assentisse posteriormente ai plebisciti, e l'*auctoritas* quindi veniva ad essere posteriore, era questa una anomalia, alla quale novellamente derogossi colla legge ortensia. Nei tempi susseguenti molti magistrati ebbero in non cale anche per le rogazioni davanti ai comizi centuriati la necessità di ottenere l'*auctoritas* del senato, ma la regola rimase sempre in vigore, sebbene anche i tribuni spesse volte proposero le leggi ai tributi comizi (2) senza l'*auctoritas* del senato. Ciò avveniva tanto più sovente, quanto che il senato aveva molti mezzi di vietare una legge, che non gli era a grado, o di arrestarne l'esecuzione quando era già assentita.

Il senato rappresentava la parte più eletta e per le sue ricchezze e per le sue attinenze più potente del popolo. La costituzione dava al senato la rappresentazione dello stato al di fuori. L' importanza degli avvenimenti esterni nei tempi, nei quali Roma cominciò a dominare su tutti i popoli circostanti, ed a vivere a spese degli altri, rioperava sulla sua potenza interna. A ciò aggiungevansi le relazioni dei supremi magistrati, ai quali era rimesso il reggimento dello stato, col senato, che aveva ad invigilarne l'amministrazione. Quelli o erano mossi dall'interesse della loro classe ad operare a grado del senato, o dal timore dei pericoli, dai quali sarebbero stati minacciati, quante volte si fossero collocati al di sopra della sua opinione. Nella vita politica bisognava o procurarsi e conservarsi il favore ed il sostegno del senato, o appoggiarsi sul popolo. Quest'ultimo porgeva il sostegno il più incerto e vacillante, e meno sicuro per colui, che per personale condizione doveva volgersi piuttosto al senato come al suo naturale difensore.

È uno dei più grandi e nel medesimo tempo dei più frequenti errori politici negare in tutto o in parte una corrispondente forza costituzionale ad un elemento pubblico potente di fatto, ed il cui reale potere non potrebbe essere escluso. Questo produce necessariamente un uso ingiusto delle forze interne, e tutti i mali, che ne provengono. In simigliante errore incorsero i Romani, che negarono al senato una partecipazione essenziale nella legislazione popolare: la legge ortensia fu il germe del rovescio posteriore della repubblica. Quando fu creduta oziosa l'*auctoritas* del senato per le deliberazioni popolari, e menomò o divenne precaria la sua partecipazione alla legislazione, cominciarono i suoi sforzi per avere una legislazione indipendente e simultanea a quella del popolo.

Le sue relazioni coi magistrati davano ad esso a tale scopo una scusabile occasione e bastante forza. Era del suo ufficio costituzionale fare decreti amministrativi: i limiti fra queste e le vere leggi non erano difficili a passare, e lo furono realmente prima nei casi dubbi, e poi in quelli più decisivi: così formossene successivamente un uso, che sebbene combattuto ebbe però il senato forza bastante di conservarlo e per la sua condizione nello stato, e per il partito compatto, al quale comandava.

Una tal quistione ci vien chiarita da un fatto importante, di cui ci è data notizia diffusamente da Asconio, e questo è le *dispensationes*, *legibus solvere*. Il senato poteva per antico dritto deliberare sopra somiglianti dispense, ma una tale deliberazione era una semplice *auctoritas* per quella del popolo, dalla quale simili atti riconoscevano ogni loro validità; perciò aggiungevasi a questi senato-consulti la clausola: *ut de ea re ad populum ferretur*. Posteriormente si ebbe in non cale di richiedere la sanzione del popolo, ed anche la clausola, che aveva perduta ogni espressione, sebbene accennasse ad un antico dritto, fu lasciata. Le cose passarono in questo modo, finchè (687) il tribuno Cornelio, mosso dallo scandaloso abuso, che facevasi di tali dispense, propose la legge: *ne quis nisi per populum legibus solveretur*. Posteriormente dovette contentarsi di proporre una legge, la quale ordinava la presenza di 200 se-

(1) Non v'ha dubbio, che a questo accenna Caio (I. 4); quando dice: *idque legis vicem obtinet, quamvis fuit quaesitum*: quand'anche accennasse a tutt'altra quistione, sarebbe nondimeno sempre indubitata l'esistenza d' una tale politica diversità di opinioni.

(2) Avveniva pure per contrario, che il senato vietasse una rogazione, *Reth. ad Herenn.* I. 12: *senatus decrevit, si eam legem ad populum ferat, adversus rem publicam videri eum facere.*

natori per una tale deliberazione, (quando che prima usavasi ordinariamente prendere da pochi), ed annullare novellamente quella che dava il dritto di sanzione al popolo (1). Venne in tal modo espressamente riconosciuta la capacità del senato di prendere indipendentemente dal popolo simiglianti deliberazioni.

Nel medesimo modo crebbe successivamente la forza dei senatoconsulti anche per la legislazione generale. La pruova d'una tale forza è la possibilità di annullare in parte o in tutto una deliberazione popolare. Costituzionalmente non poteva il senato abrogare o derogare ad una legge, potendo solo fare una proposta al popolo a questo fine. Poteva inoltre giudicare, che la legge non era valida, nè poteva avere alcuna forza obbligatoria, perchè contraria agli auspicii. Un tale giudizio non era una emanazione del potere legislativo, perchè con esso non dichiaravasi annullata direttamente una legge, ma in quanto agli effetti era la medesima cosa che se avesse avuto un tal dritto, stantechè potevagli appena mancare un pretesto per chiederne l'annullamento. Se dunque un tale giudizio teneva le veci d'una abrogazione, fu un passo in avanti, quando il senato attribuissi il dritto della derogazione, dell'annullamento d'una parte d'una legge. Con più ragione poteva pretendere, che un senatoconsulto, che introduceva un novello principio giuridico, avesse forza di legge: niuno poteva negare ad esso l'autorità d'una ordinanza ai magistrati; ma le pretensioni del senato miravano alla forza legislativa dei senatoconsulti, e questo non potè sembrare sospetto a molti nei casi ordinari, giacchè i tribuni del popolo potevano sempre opporvisi colla intercessione.

Gli esempi dei senatoconsulti, che riguardino il dritto civile sono in parte semplici ordinanze ai magistrati, come la citata del 577. Ma occorrono anche degli altri, che vanno al di là di questa sfera. Quando un uomo libero *pretii participandi causa* lasciavasi vendere, gli era negata la *proclamatio ad libertatem*: una tale legge fu introdotta per senatoconsulti (2) ch'esistevano già al tempo di Q. Mucio (3). Il senatoconsulto, col quale fu introdotto il *quasiususfructus* è allogato ordinariamente sotto Augusto per ragioni, che non sono da ammettersi: probabilmente esisteva già al tempo di Cicerone. Che i senatoconsulti conservassero la loro antica forma costituzionale, colla quale distinguevansi dalle leggi espressamente obbligatorie, che questo si estendesse anche al modo di scriverle, e di dettarle ed alla forma giuridica delle loro disposizioni (come per esempio non era detto espressamente, che l'uomo che lasciavasi vendere in frode era schiavo, ma che dovesse essere considerato come tale) non è questa una ragione contro la forza legislativa di essi, giacchè il medesimo fu usato anche nel terzo periodo, per il quale non può dubitarsi della loro forza legislativa. Senonchè il compiuto trionfo d'una tale opinione addimostrasi soltanto per il fatto, che nel terzo periodo avvenne, che i senatoconsulti furono denominati da colui, che li proponeva, il che nel presente periodo avveniva soltanto per le deliberazioni popolari (4).

Il risultato si è, che il partito degli ottimati considerava il senato come l'elemento fondamentale dello stato, che non dovesse avere forza minore del popolare (5), e che le due deliberazioni dovessero valere come *leges* (6). Questo non fu voluto riconoscere dai popolani al senato; ma la pratica decideva per questo.

Il numero dei senatoconsulti relativi al dritto privato, che si ricordano d'un tale periodo, è limitato (7). La maggior parte di questi riguardano i rapporti pubblici. Alcuni di essi ci pervennero in iscritto (8), uno, il *S. C. de bacchanalibus* del 518 originalmente sopra una *tavola di bronzo* (9).

(1) Ascon. *Argum in Corn.* (Orell. p. 57). Erroneo relativamente al contenuto della legge è il racconto di Dione Cassio XXXVI. 22.

(2) *L. 3. quib. ad libert.* (40. 13.).

(3) *L. 23. pr. D. de lib. causa* (40 12.).

(4) Il primo conosciuto senato consulto, che porti un tal nome è il *S. C. silanianum* probabilmente sotto Augusto.

(5) Cicer. *De orat.* I. 52.

(6) *Ejus decreta rata sunto.* Cicer. *de leg.* III. 3. 12.

(7) Oltre l'indicato ha una importanza speciale e storica il S. C. del 568, col quale furono riconosciuti privilegi particolari ed importanti ad una liberta, Fecenia Ispala. Liv. XXXIX. 19.

(8) Per esempio il *S. C.* del 593 riguardante la espulsione dei filosofi e dei retori da Roma. Gell. XV. 11.

(9) Trovato nelle Calabrie nel 1640, ed ora in Vienna. Haubold (Spangenberg) *mon. legalia.* p. 5. 7. Un facsimile trovasi in Stef. Endlicher, *Catal. codd. philol, lat. bibl. palat.* Vindob. 1836. tab. I.

C. *Auctoritas prudentium.*

§. LXXVI.

Anche nei più antichi tempi d'un popolo, quando il dritto vive ancora nella coscienza spontanea di esso, nè può pretendersi un concepimento scientifico nè di questo nè di qualunque altro obbietto di conoscenza, si faranno notare in un popolo tali uomini, che sieno a preferenza dotti nel dritto sia a causa d'una capacità intellettuale non ordinaria, o per la loro condizione, che porga loro una più facile occasione d'apprendere simiglianti conoscenze, o quello che è più essenziale, di occuparsi perpetuamente del dritto e della sua applicazione. Questi conoscitori del dritto non possonsi denominare veri giuristi, e le loro conoscenze non distinguonsi qualitativamente ma quantitativamente da quelle di qualunque altro.

In tal modo dobbiamo rappresentarci i *prudentes*, *periti*, *iuris consulti*, che sono ricordati dal principio di questo periodo fino al settimo secolo, ed indicati sulle fonti più antiche dal giureconsulto Pomponio nella *L.* 2. §. 35. 39 *D. de origine juris* (1, 2) (1). Pomponio comincia con Papirio, al quale attribuiscesi una collezione di leggi dei re (§. 37); nomina poi il decemviro Appio Claudio, al quale la tradizione riconosce fra gli autori delle XII tavole la più perfetta conoscenza del dritto, Appio Claudio Ceco (censore 442) Sempronio (console 450, fra i primi pontefici plebei 454, censore 455), Tiberio Coruncanio il primo pontefice plebeo massimo al cominciamento del sesto secolo, dal quale l'attività dei giurisperiti prese una novella direzione, di cui faremo parola appresso, Elio Peto (console 553, censore 555) il suo fratello Sesto col soprannome Catone (console 556, censore 560), Atilio, M. P. Catone col soprannome Censorio (console 559, censore 570, morì 605), il suo figlio (morì 600) del quale sopravvissero più scritti che del padre, Cornelio Scipione Nasica (console 563); al quale dal pubblico fu data una casa sulla *via sacra*, per faciitargli l'ufficio di giureconsulto, Quinto Mucio, M. Manilio (console 605) M. Bruto, M. Scevola (console 621, pontefice massimo 623), il padre di Mucio, che non può essere più noverato in questa serie (2).

Nulla è più certo, e nulla nondimeno fu più sovente non compreso, che a questi uomini non può attribuirsi una scienza del dritto, sebbene negli ultimi nominati i germi di questa si lasciassero più chiaramente scorgere. Cicerone fa dir questo a L. Crasso, il contemporaneo di Q. Mucio, col quale comincia la vera scienza del dritto: quei più antichi giuristi avevano negletto di riportare il loro sapere ai principii, e di ridurre in una sistematica unità le regole sparse (3).

Da questo errore generossi un altro. I nostri storici del dritto hanno ingrossato il novero dei giurisperiti col nome di tutti quelli, dei quali ci è dato a conoscere, che avessero scritto sopra materie giuridiche, per esempio di En. Flavio, dei cui scritti faremo parola appresso, di L. C. Alimento (nel sesto secolo), del quale si ricorda un'opera *de ufficio iurisconsulti* (4), e si riportano da altre opere dei brani giuridici (5), e di altri autori. Ma i Romani di quel tempo avrebbero noverato un personaggio sol perchè egli scriveva sopra materie giuridiche tanto poco fra i *prudentes*, per quanto poco si sarebbero astenuti dal noverare fra essi un giureconsulto sol perchè non era scrittore. Quello che rendeva giurista alcuno, se pure ci si permette usare una tale parola, era soltanto l'immediata attività pratica, ch'egli aveva trascelta come parte della sua occupazione; dico parte, giacchè facevagli bisogno afforzarla con altre qualità, perchè potesse produrre de' frutti.

Questa attività pratica, che è la sola distintiva dei giurisperiti di quel tempo, può esser distinta in tre o in quattro occupazioni principali, che Cicerone indica colle parole: *respondere*, *cavere*, *agere* e *scribere* (6).

La principale di queste occupazioni, alla qua-

(1) Chi volesse altre notizie su tale obbietto legga Zimmern, *Storia del dritto rom. privato* I. §. 82 — 75.

(2) Questi giureconsulti indicati da Pomponio formano naturalmente soltanto la parte minore dei *prudents* di quel tempo. In Valerio Massimo (VIII. 7. 4. IV. 3. 2. sono ancora ricordati Livio Druso, M. Figulo: e Cicerone per non pochi ch'egli riporta come oratori, fa menzione della loro conoscenza del dritto, senza potersi decidere, s' essi erano veri *prudentes*.

(3) Cicer. *de orat.* I. 41; 58: *adhuc artem omnino non esse*:

(4) Fest. *v. nuncupata*.

(5) Dirksen, *frammenti dagi scritti dei giur. Rom.* p. 34 — 42.

(6) Cicer. *de orat.* I. 48. in f. *topic.* I: colà è detta in opposizione degli uomini politici: *sin autem quaereretur, quisnam iuris consultus vere nominaretur, eum dicerem, qui legum et consuetudinis eius, qua privati in civitate uterctur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset.*

le connettevasi qualunque altra era *respondere*, dare il proprio parere o consiglio nelle quistioni giuridiche, che venivano loro proposte. Ciò avvenne sulle prime solamente per coloro, ch'erano coi giuristi in qualunque siasi relazione di amicizia, parentela, e clientela: ma posteriormente addivennero accessibili per tutti i cittadini. Questo era detto *iuris civilis scientiam publice profiteri*, e si ricorda, che un tale costume, per il quale la conoscenza del dritto fu considerata come un ufficio speciale e pubblico, ebbe il suo principio da Tiberio Coruncanio. Esso fu a simiglianza dell'arte oratoria un mezzo di raccomandarsi al popolo, e di aprirsi la strada alle magistrature, sebbene supponesse già un merito personale. Molti l'associavano all'arte oratoria, e lo rimettevano al tempo della vecchiaia: era un onorevole riposo per quelli ch'erano invecchiati negli uffici pubblici (1). Così Cicerone fa dire all'oratore Crasso: *senectuti vero celebrandae et ornandae quod honestius potest esse perfugium, quam iuris interpretatio? Equidem mihi hoc subsidium iam inde ab adolescentia comparavi -- ad decus atque ornamentum senectutis, ut quum me vires deficere coepissent, ista ab solitudine domum meam vindicarem.* Egli contrappone sotto un tale rispetto Roma alla Grecia, in cui all'attività del giureconsulto adempivasi da uomini di umile condizione e che ne ritraevano un miserabile guadagno, dovechè in Roma vi davano opera i più eccellenti ed autorevoli cittadini. *Et enim* (aggiunge egli, *de orat.* I. 45.) *domus iurisconsulti totius oraculum civitatis. Testis est huiusce Q. Mucii ianua et vestibulum, quod in eis infirmissima valetudine, affectaque iam aetate, maxima quotidie frequentia civium, ac summorum hominum splendore celebratur.* In un altro luogo (*de leg.* I. 3. 4.), racconta espressamente di se stesso, che aveva il proposito di adempiere ad un tale ufficio nella vecchiezza, senonchè tenevasi per troppo buono per occuparsi col *ius stillicidiorum et parietum*, colle *formolae stipulationum et iudiciorum*. Egli opina, che soltanto un codice filosofico, quale intendeva presentarlo nella citata opera, sarebbe stato degno del suo spirito. Avvenne a lui quello che incontra a molti, i quali si credono superiori al loro tempo, che mentre sognano e seguono una direzione fantastica, rimane loro ignoto il progresso reale del loro secolo. La vera scienza del dritto, ch'era già cominciata a quell'epoca, non fu compresa da lui: le sue idee sul dritto appartenevano ad un periodo già passato. La più indubitata pruova ci si porge nelle notizie, che ci pervennero nei suoi scritti su quell'antica giurisprudenza, della quale abbiamo ora a trattare particolarmente.

Il carattere poco scientifico di questa giurisprudenza si addimostra dal fatto, che il consiglio di cui erano richiesti e che davano i *prudentes*, non limitavasi all'elemento puramente giuridico dei rapporti: *ad quos olim et ita (in foro) ambulantes et in solio sedentes domi sic adibatur, non solum ut de iure civili ad eos, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio, referretur.* Le relazioni fra i *prudentes* ed i cittadini erano tali, che questi vedevano nel giudice un consigliere paterno.

Il consiglio giuridico, che i *prudentes* davano, potevasi riferire ad un determinato principio di dritto, o all'applicazione di questo ad una quistione. In tal caso la parte richiedente proponevasi coll'autorità del giureconsulto imporre al giudice, e farlo persuaso della giustizia del suo reclamo e della esistenza della regola giuridica sulla quale si fondava. Il giureconsulto si presentava colla parte davanti al magistrato, ed i *responsa* erano dati a bocca: quale autorità avevano questi per il giudice? Nessuna legge l'obbligava a determinarsi secondo i *responsa*, avendo questi soltanto una forza morale, che dipendeva dall'autorità che aveva il giureconsulto nella opinione pubblica, dalla moralità del giudice, e dalla difficoltà ch'egli poteva trovare di non seguire senza ragione l'opinione d'un personaggio autorevole. Addiveniva in tal modo impossibile, che col tempo non si formassero fra i giureconsulti contemporanei opinioni varie, e che non fossero dati differenti *responsa*, che rendevano dissenzienti i loro autori (2). A ciò si riferisce la *disputatio fori*, che occorre in un corrotto brano di Pomponio (*L.* 2. §. 5. *D. de orig. iur.* I. 2.). Nelle controversie si ripone il primo germe della scienza: giacchè in questi

(1) Figulo (Val. Mass. IX. 3. 2.) attendevasi dal popolo il consolato in ricompensa dei suoi *responsis*. Quando si vide deluso: *cum ad eum postero comitiorum die multi consulendi causa venissent, dimisit omnes, praefatus: an vos consulere scitis, consulem facere nescitis?*

(2) Cicerone accenna ad un *ius controversum* molto vasto: *Pro Mur.* 13. *de orat.* I. 38: *iudicia privata in quibus saepe non de facto, sed de aequitate ac iure certetur.* Singoli esempii: *de orat.* I. 38. 41. 56. 57. *Brut.* 52. *Top.* 8. 10.

casi i mezzi esterni di conoscenza non bastano a trovare il principio vero del dritto; ne sorge il bisogno di ragioni intime, colle quali soltanto può deffinirsi la quistione; e questa conoscenza del dritto per intime ragioni addiviene possibile solamente per mezzo d'un concepimento scientifico (1).

Quest'attività dei giurisperiti non fu la sola loro occupazione, che anzi non fu la principale, mentre la giurisprudenza conservò il suo più antico carattere: solo nei tempi posteriori, quando preparossi il passaggio per la scienza del dritto, cominciò ad essere la prima fra tutte le attività del giureconsulto. Il parere di questo riguardava pure, e nei primi tempi quasi esclusivamente, il modo e la forma di esercitare legalmente un dritto, e di convenire una faccenda giuridica avvedutamente e con tutte le necessarie sicurezze, onde prevenire un danno. Questo è significato dall'espressione *cavere*. Infine i giurisperiti prendevano parte alla esecuzione del loro consiglio, addimostrandosi attivi (*agere*) nella conchiusione del negozio o nella procedura, sostenendo gli oratori, *patroni causarum*, che avvocavano il dritto della parte davanti al magistrato, e comunicando loro le ragioni giuridiche, delle quali quelli erano ordinariamente ignari. Essi curavano anche per mezzo dei loro scribi che si mettessero in iscritto gli affari giuridici: vi accenna la parola *scribere*, come indicazione d'una parte dell'attività dei giurisperiti.

Ma non solamente dai privati, ma anche dai magistrati e dai giudici i *prudentes* erano richiesti del loro consiglio. La conoscenza del dritto non era una condizione necessaria per l'ufficio di giudice e per quello d'un magistrato, che si aveva anche l'amministrazione della giustizia. Ma queste persone avevano il loro *consilium*, e specialmente nessun magistrato usava adempire il suo ufficio senza l'avviso degli amici, che venivano in suo soccorso colle loro conoscenze, e della cui autorità poteva giovarsi per le sue decisioni.

§. LXXVII.

In quanto alle condizioni storiche di tutta questa attività dei giurisperiti, è avanti tutto da ricordare, che noi parliamo d'un tempo, nel quale i pontefici avevano cessato di essere *iuris conditores*. Sol da questo momento la giurisprudenza forma un'occupazione particolare ed una condizione speciale nella vita pubblica. Ma quand'anche da questo tempo l'esercizio della giurisprudenza non supponesse alcun ufficio particolare, dal quale dipendesse, non era però divenuta tanto indipendente, che traesse da se stessa la sua materia, o che la sola misura delle conoscenze determinasse la condizione del giurista. Che anzi niuno poteva menar vanto di essere divenuto grande in quella professione, se non avesse associato alla conoscenza del diritto l'autorità personale proveniente sia dalla nascita, o dalle sue attinenze, o dai meriti acquistati nelle altre regioni della vita pubblica.

Per quanto riguarda le conoscenze dei *prudentes* può dirsi, che alcune di esse riferivansi immediatamente ai principii del dritto, ed altre all'applicazione di questo. Sotto una tale considerazione essi avevano sugli altri cittadini soltanto il vantaggio d'una conoscenza più estesa, più compiuta, ed ad ogni tempo pronta. L'antica favola del mistero, nel quale prima i pontefici, poi i patrizi e quindi i giuristi tenevano il dritto avendolo chiuso al popolo quasi in un libro sigillato, è nella sua generalità tanto assurda, che non merita una seria confutazione, quando si considerino i costumi nazionali, nei quali il dritto era trasfuso ed incorporato, le leggi scritte, ch'erano esposte pubblicamente, ed infine la più ampia pubblicità dei giudizi. Ognuno poteva avere la conoscenza del dritto (noi facciamo astrazione dalla sua applicazione), ed in certo grado ogni intelligente Romano l'aveva, ed i *prudentes* prevalevano solamente in un grado maggiore per avere versato più lungamente in questa materia. Ma successivamente a seconda che il dritto divenne più vario e nel medesimo tempo più artifizioso al pari dei costumi, riuscì sempre più difficile per un cittadino privato acquistare almeno quel grado di conoscenze giuridiche, che fossero state in tutti i casi bastanti per i suoi propri bisogni.

Il contrario deesi dire dell'applicazione del dritto. La capacità di applicarlo non è in ogni tempo comune a tutti supponendo sì una speciale facoltà, come una esperienza pratica. Alcuno può conoscere perfettamente il dritto, e trovarsi nondimeno impacciato, che anzi dare pruova della maggiore

(1) Ci si porge come esempio l'opinione di Bruto e Manilio, che l'usucapiente d'un terreno avesse dritto anche al tesoro che vi fosse nascosto, alla quale non potevasi pervenire senza un concepimento scientifico del dritto: quindi la controversia fra Scevola, Manilio, e Bruto, se il *partus ancillae* potesse essere noverato fra i frutti.

incapacità, quando trattasi farne un uso vivo e reale. Una tale capacità era quella, per la quale i giurisperiti particolarmente segnalavansi sugli altri cittadini, e per cui potevansi rendere necessari a colui, a cui forse non entravano innanzi per la conoscenza dei principii del dritto. A questa ragione generale che dapertutto fà della giurisprudenza una professione particolare, aggiungevasi un fatto speciale, che favorì presso i Romani l'esclusiva occupazione e capacità di alcune persone per l'applicazione del dritto. È questo, a cui accennano l'antica favola sul segreto delle leggi ed i rimproveri per la misteriosa oscurità di queste, co'quali Cicerone nella orazione *pro Murena* sollazzava il popolo. Per l'applicazione del dritto richiedevansi particolarmente nell'antico tempo alcune speciali conoscenze, che non erano adatte all'intendimento di ciascuno, la conoscenza cioè del *ius sacrum*, alle cui regole eran soggetti come i negozi pubblici così nei tempi primitivi anche i privati, e gli atti giudiziari. Ciò era rigorosamente vero per il tempo, nel quale l'applicazione del dritto era tutta rimessa ai pontefici. Ma già fin dal principio del presente periodo un tale predominio del *ius sacrum* era molto minorato: soltanto alcune parti del dritto privato erano rimaste sotto il dominio di quello, e per quanto riguarda la procedura giudiziaria tali erano particolarmente il carattere religioso del tempo, la qualità dei giorni, qual'era stabilita nei fasti, e da cui dipendeva la validità degli atti.

Finchè i patrizi furono nel possesso esclusivo delle magistrature, fu pure solamente per essi possibile la conoscenza del *ius sacrum* e con ciò l'ufficio di giurisperito. Ma questo cambiossi nel quinto secolo. Cominciò nel medesimo tempo una indipendenza sempre più crescente del dritto civile in opposizione del *ius sacrum*; sicchè Cicerone (*de orat*: III. 33) fa dire a Crasso, che a quel tempo quasi niuno apprendeva più il *ius pontificium*. Ai *prudentes* dunque può tanto poco attribuirsi una tendenza a tenere nel mistero quelle parti del dritto, che in essi scorgesi piuttosto lo sforzo di renderlo pubblico, come pure può affermarsi che la posizione ch' essi presero rispettivamente alle antiche classi, fu piuttosto una reazione contro l'elemento patrizio dello stato. Una seconda conoscenza, che era particolarmente necessaria, era quella delle formole solenni, che accompagnavano ogni atto del *ius civile* e l'esercizio giudiziario dei dritti, e dalla cui esatta osservanza e giusta applicazione dipendeva la validità ed il successo degli affari giuridici. Queste formole, che consistevano parte in solenni pronunziate parole, parte in altri atti, erano per le azioni ed i negozi di dritto fondate sulla tradizione, confermate dalle leggi, determinate dai giurisperiti, e coordinate coi singoli casi nella loro applicazione. Nei tempi posteriori quando la coscienza giuridica del popolo cominciò a prendere una tendenza più generale, una parte di esse dovette addivenire intollerabile al pari d'un abito addivenuto troppo stretto; molti pure, sia che non ne comprendessero la connessione colle primitive condizioni storiche, o ne sconoscessero o sconoscere volessero la presente importanza in quanto ancora ne conservavano, le considerarono come un arbitrario ritrovato, e ne accagionarono i giurisperiti. Cicerone (*pro. Mur.* II. 12) esprimeva l'opinione di molti contemporanei, sebbene non fosse questo il suo proprio pensiero, quando diceva, che i giuristi per rendersi necessari avevano inviluppati gli atti giudiziari in formole stupide ed inette, cui riusciva impossibile conoscere al sentimento semplice del cittadino, dovendo farseli dettare da quelli.

A colui che sia per difetto d'intelligenza, o avvedutamente e per fini speciali concepisse in tal modo l'ufficio dei giurisperiti, e lo considerasse come una barriera fra il popolo ed il suo dritto, poco curante (come suole avvenire in simiglianti opinioni di partito) di attribuire un considerevole grado di stupidezza al popolo, che lasciavasi in tal modo espellere dal possesso del suo dritto, si presenterebbe una notizia storica, dalla quale potrebbe sotto vari rispetti trarre vantaggio a sostegno della sua opinione. Il capo della *factio forensis* aveva fatti pubblicare come edile curule i fasti, il che non era stato fatto da alcun altro magistrato prima di lui, ossia fece conoscere per l'intero anno i giorni, nei quali era lecito o vietato eseguire atti giudiziari sotto tutt'altro rispetto pubblici. Ciò dovette essere certamente fatto collo stesso proposito, col quale lo furono molti altri atti, che Livio ricorda senza distinguerli, e coi quali cercava quegli rendersi superiore al disprezzo mostratogli dalle principali famiglie. L'offesa vanità lo spingeva a provare con utili istituzioni, che non vi abbisognava una nobile nascita per rendere dei servizi al pubblico, e nel medesimo tempo procuravasi in tal modo il piacere di addolorare i suoi superbi rivali colla popolarità, che gli sarebbe venuta da riforme, ch' egli era il primo ad introdurre. Col medesimo scopo

dette opera a ridurre in un insieme le formole delle azioni giudiziarie e dei negozi, la cui conoscenza era indispensabile per ogni uomo di affari, e che era di molto vantaggio averle tutte raccolte in un breve manuale: egli rese con ciò ai giurisperiti un servizio, che avrebbero accolto con grandi lodi da uno della loro classe, e che avevano a male di esserne debitori ad un odiato rivale(1). A niuno venne mai in pensiero di considerare una tale opera come uno scritto popolare, che rendesse inutile l'intervento dei giurisperiti negli affari: se questa fosse stata l'intenzione di Flavio, il suo pensiero avrebbe mancato al tutto di fondamento; tanto poco ne sarebbe provenuto un danno ai giurisperiti, per quanto poco credonsi danneggiati gli uomini del foro di oggi giorno per la pubblicazione delle opere giuridiche. Tali scritti hanno communemente il solo risultato di promuovere quelle mediocri conoscenze, che sono una madre feconda delle azioni giudiziarie e di aumentare la pratica dei giuristi, la cui opera non rendono inutile.

Cicerone poteva non tener conto di tutto questo, quando nell'interesse del suo cliente trovava utile di avvilire la giurisprudenza; ed a ciò prestavasi la storia di C. Flavio. Potrebbesi al più condonare ai semplici collettori di notizie s'essi concepissero nel medesimo modo un tal fatto, e lo adornassero a loro piacere; ma non sarebbero da scusare i presenti storici, che prestassero ciecamente fede a quello, che Cicerone (*de finib.* IV. 27) posteriormente scusa come *apud imperitos dictum: inventus est scriba quidem, Cn. Flavius, qui cornicum oculis confixerit, et singulis diebus ediscendos fastos populo proprosuerit, et ab ipsis cautis iurisconsultis eorum sapientiam compilarit*: ed altrove: *etiam si quid apud maiores nostros fuit in illo studio admirationis, id enuntiatis vestri; mysteriis totum est contemptum et abiectum* (2).

Le conoscenze, che richiedevansi propriamente per la giurisprudenza, potevansi acquistare d'un modo immediato e pratico coll'udire, e col tempo anche e con un'attiva partecipazione agli affari d'un autorevole giureconsulto. Da ciò tali apprendenti erano denominati *auditores*. Non è a parlare d'una istruzione per via delle scuole: vi erano per contrario dei libri a leggere, ch'erano stati scritti su questa materia, e che servivano di aiuto per i giuristi pratici, ed anche di apparecchio agli affari. Il primo libro di dritto, che si ricorda, fatta astrazione da quello precedentemente mentovato ed apocrifo *ius civile papinianum*, è l'opera sulle *actiones* di Flavio, *ius civile flavianum*, come fu detto nei tempi posteriori. Non era senza dubbio altro, che una collezione di formole contenente altresì tutto quanto a quel tempo principalmente valeva come obbietto di studio. Anche ad Appio, di cui Flavio era stato precedentemente scrivano, si attribuisce uno scritto sulle *actiones*, e propriamente sui fatti, che sono compresi nella espressione *usurpatio* (3). Gli stessi giureconsulti romani posteriori conoscevano questi libri soltanto per tradizione: per contrario possedevasi anche al tempo di Pomponio l'opera di Elio composta cento anni dopo, *ius aelianum;* sul cui contenuto ci fu fatto conoscere quanto segue (4): consisteva di tre parti, e perciò era detta anche *tripartita*, leggi delle XII Tavole, *interpretatio*, *legis actiones* (5). In tal modo la indicazione delle formole per le azioni e per gli altri atti importava già una trattazione delle diverse materie del dritto, del contenuto delle XII tavole, come fondamento di esso, di tutto il dritto posteriore, che vi si annetteva. Questo accenna ad un progresso della giurisprudenza: giacchè quanto più questa si elevava sulla forma, più i giuristi estendevano la loro attività in generale ed i loro giudizi in particolare al contenuto del dritto, e tanto più importante, nobile ed autorevole addiveniva il loro ministero, deponendo sempre più l'apparenza d'un lavoro materiale.

Un tale progresso addimostrossi dopo S. Elio sempre maggiore negli scritti dei giurisperiti: Pomponio e Cicerone ricordano gli scritti dei Catoni e dei tre ultimi mentovati, Mucio, Bruto, Manilio, i quali scritti esiste-

(1) Liv. IX. 46. Macr. *Satur.* I. 15. Plinio (*hist. nat.* XXXIII. 6.) racconta, che a consiglio di Appio si avesse Flavio con attenta osservazione e come scriba procurata la conoscenza dei Fasti. Pomponio (*L.* 2. §. 7. *de orig. iur.*) opina, che Appio fosse stato il vero autore del libro delle formole, e che Flavio l'avesse involato, e publicato sotto il suo nome.

(2) *Pro Mur.* II. Hugo, *Storia del dritto rom.* p. 445.

(1) Pomp. *L.* 2. §. 36. *D. de orig. jur.* (1. 2.)

(2) *L.* 2. *cit.* §. 7. 3.

(3) Le *legis actiones* nel *ius flavianum* comprendevano soltanto quei *genera agendi*, che mancavano nel *ius civile flavianum*, che conteneva le *actiones* per le XII tavole, comprendevano pure le *actiones* provenienti dalle leggi posteriori: Cajo IV. §. 16. 22. 23. *L. un. D. de condict. ex lege* 13. 2.

vano ancora in parte al tempo di Pomponio. La forma di essi era conforme alla professione pratica di quelli: erano in gran parte delle collezioni di *responsis*, alle quali Cicerone (*de orat.* II. 33) rimprovera di contenere un racconto dei particolari del caso troppo diffuso ed esteso, e piuttosto nocivo all' utile, che se ne potrebbe trarre: questo lasciasi pure divinare dalle parole iniziative, che egli riporta dei libri di Bruto (1): in parte indicavano dei fatti giuridici facendo conoscere le formole che dovevansi usare, ed i principi di dritto, dall' osservanza dei quali dipendeva la validità di essi. Di tal ragione è il lavoro di Manilio sul contratto di compra (2). Per *interpretes duodecim tabularum*, dei quali molti sono ricordati (3), non debbonsi intendere i soli giuristi, giacchè anche gli studiosi delle antichità vi dettero opera, e quand'anche erano giuristi, un tal commentario non sempre aveva un carattere giuridico. Giuridica era la citata *interpretatio* di Elio, ma con ciò non va detto, che fosse un commentario puramente esegetico, sebbene anche questo elemento della *interpretatio*, ossia la spiegazione delle disposizioni della legge, non vi fosse escluso (4).

Alcuni autori ripetono parte letteralmente, parte nel loro significato alcuni principi tratti da questi scritti (5): probabilmente una gran parte delle reminiscenze giuridiche, delle quali sono pieni molti scritti di Cicerone, furono tratte da quella letteratura, nella quale egli era molto versato: ed il contenuto giuridico particolarmente della *topica* può essere considerato come una compilazione di quelle e delle opere dei contemporanei. Tutte queste notizie però sono di tal natura, che non può acquistarsi da esse una intelligenza fondata dei metodi degli antichi *prudentes*: questa può venirci piuttosto dalle notizie generali sopra essi, sulla loro attività ed epoca. È molto espressivo un brano di Cicerone, nel quale fa dire a Crasso, che la non curanza della conoscenza del dritto da parte degli oratori non si lasci scusare colla difficoltà di essa, dovechè nulla riuscirebbe più facile e più semplice; sicchè ogni giorno porgesi l'occasione di vedere degli uomini, che distinguonsi nell'arte oratoria, sebbene manchino d' una più generale coltura. *Omnia sunt enim posita ante oculos, collocata in usu quotidiano, in congressione hominum, atque in foro, neque ita multis literis aut voluminibus continentur. Eadem enim sunt elata primum a pluribus, deinde paucis verbis commutatis etiam ab iisdem scriptoribus scripta sunt saepius.* Nell' orazione per Murena Cicerone dice, che la giurisprudenza sia cosa di tanto poco momento, che se venisse stimolato da alcuno, egli sebbene aggravato da tanti affari, potrebbe farsi giureconsulto in tre giorni. Non era questa una esagerata millanteria, quando si consideri che Cicerone così parlando aveva presenti le più antiche condizioni della giurisprudenza essendo appunto questo il suo interesse, e ch' era pure naturale ch' egli avesse parlato in tal modo, non comprendendo la novella tendenza che aveva presa questa scienza.

§. LXXVIII.

Abbiamo ora a parlare del potere e degli effetti degli antichi giurisperiti sul dritto. Questi sono espressi dalla parola *interpetratio*. Per interpetrazione noi siamo usi intendere l'attività, la quale è diretta a determinare il senso d'una legge, e particolarmente della scritta, ossia il mezzo di conoscere la volontà del suo autore, e nelle leggi l'investigazione del pensiero del legislatore. Ma l' interpetrazione, che attribuiscesi ai giurisperiti romani, non ha un tale significato esclusivamente recettivo. Scorgesi in essa piuttosto l'ufficio di aggiungere al dritto scritto l'altro non scritto, e compiere quello con questo. Come mediatori fra la lettera della legge e la realtà della vita non potevano limitarsi al contenuto letterale di essa ed alla volontà originale del legislatore, ma accomodandolo ai bisogni reali ed al progresso dei tempi favorirne ed agevolarne in tal modo l'applicazione. Nè la parola nè il pensiero immediato del legislatore formavano i limiti della interpetrazione, ma lo spirito della legge: quello che potevasi almeno considera-

(1) « *Forte evenit ut in Privernati essemus* » — « *In Albano eramus ego et M. filius* » — « *In Tiburti forte assedimus ego et M. filius* ». Cicer. DE ORAT. II. 55.

(2) *Manilianae venalium vendendorum leges.* Cicer. DE ORAT. I. 58. *Manilii actiones*, Varron. *de R. R.* II. 3. Così pure le *hostilianae actiones* (Cicer. *de orat.* I 57) sembrano di avere contenute delle regole sulla formazione dei testamenti.

(3) Per esempio Varrone, *De L. L.* V. 22, Fest. *v. ricinium.*

(4) Cicer. *De leg.* II. 23. Cicerone ricorda ancora oltre S. Elio, L. Acilio, e L. Elio (o Lelio).

(5) Raccolti da Dirksen, *Frammenti tratti dagli scritti dei giur. rom.* 1814. p. 33-40.

re come uno sviluppo di questo spirito, come contenuto potenzialmente ed in germe nella legge, era pure compreso nel concetto della sua interpetrazione.

In questo senso l'attività dei *prudentes* sul dritto può essere espressa come *interpretatio legis* XII *tabularum*, e sotto un tale rispetto può dirsi, che tenevano strettamente a questa legge nel concepimento del dritto. Era questa pure una necessità della più antica forma della procedura; la quale doveva essere cominciata colle *legis actiones;* in cui il reclamo dell'attore doveva essere espresso colle parole della legge (1). Quando per esempio le XII tavole ammettevano un reclamo per alberi illegalmente tagliati, non è dubbio, che fra gli *arbores*, ai quali accennava direttamente la legge, intendevansi anche le viti; ma il reclamo non avrebbe trovato ascolto o sarebbe stato perduto, quando nella *legis actio* invece degli alberi si fossero nominate le viti, che realmente erano state tagliate, stantechè nessuna legge aveva prese queste particolarmente in considerazione. Se da ciò svolgevasi un novello dritto, era ufficio dei giurisperiti accomodare in modo la parte della legge, che dovevasi nominare nel reclamo, che il novello dritto ne apparisse un semplice sviluppo, una *interpretatio.* Così pure le XII tavole avevano ammessa un'azione contro il proprietario d'un animale quadrupede, dal quale era stato prodotto un danno. Ma come occorrevano dei casi, in cui il danno supposto dalla legge era stato cagionato da un animale bipede, non era dubbio, che dovevasi anche in questi casi dare un'azione, e questa fu fatta derivare dalla medesima legge delle XII tavole, innestandosi in tal modo il novello dritto sull'antico (2).

Un tale metodo fu indispensabile stante la immutabilità delle *legis actiones*, e della necessità delle parole legali, ma furono queste soltanto le occasioni esterne. Scorgesi presso i Romani in un grado molto maggiore che presso qualunque altro popolo la tendenza di connettere il dritto novello all'antico, e questa particolarmente contribuì a dare al dritto esistente un perenne svolgimento, stabilità e certezza. Così dunque non è la limitazione al dritto esistente, che caratterizza la tendenza dei *prudentes* di questo periodo, giacchè il medesimo fenomeno manifestasi, come osserveremo, anche nelle altre attività e nei tempi posteriori, ma il fatto di tenersi strettamente al *ius civile*, alle sue basi e principi, anche in opposizione della forza di altri elementi, che a quel tempo avevano già cominciato a manifestarsi. Con ciò si spiega l'uso d'indicare coll' espressione *ius civile* appunto quel dritto, del quale i giurisperiti erano stati gli organi (3). Anche le *legis actiones* riconobbero da questo il loro svolgimento e la loro applicazione nei particolari. Per contrario non può dirsi, ch'essi siensi attenuti al dritto scritto in modo da non ammettere niente altro fuori di esso: non poche cose vi aggiunsero, e Cicerone fa loro rimprovero d'essere stati gli autori di molti novelli ritrovati, ch'essi avessero escogitata una tutela per le donne non per altro scopo che per affrancarle dalla potestà benefica dei loro legittimi tutori, e per venire in tal modo in soccorso della loro indipendenza, d'aver essi presentati dei mezzi per l'esenzione dalle *sacra* e per annullar queste, delle quali gli antenati erano stati severi ed attenti osservatori (4). Ma i giurisperiti tennero il fermo in quanto riguarda le forme del *ius civile*, sforzandosi a preservare lo speciale carattere di questo contro l'uso d'una coscienza tendente a svincolarsene. A ciò accenna Cicerone (*de leg.* I. 5.) quando dice, che i giuristi del suo tempo si volgevano all'editto pretorio, dovechè quelli anteriori si erano attenuti alle XII tavole. Era già cominciato a quel tempo lo sforzo verso una vera scienza del dritto, e con esso i giuristi avevano presa una posizione più indipendente fra i due elementi del dritto romano, fra il *ius civile* ed il *ius gentium*.

A meglio chiarire il legame e'l nesso degli antichi *prudentes* col dritto possiamo giovarci d'un fatto analogo molto più vicino a noi. I romanisti del decimosesto e decimosettimo secolo presero una simigliante posizione verso il dritto vigente in Germania. Il dritto romano era per essi il criterio regolatore di tutto il sistema presente del dritto, riportando essi alla sua forma e parola tutte le novelle manifestazioni giuridiche. Non è già che sconoscessero le condizioni storiche patrie, e la forza della presente coscienza giuridica, dalla quale generavansi molte varietà dal dritto puro romano. Non pote-

(1) Caio, IV II: — *ipsarum legum verbis accomodatae erant.*

(2) Per questa estensione d'un'azione fu usata posteriormente l'espressione *utilis actio.*

(3) Pomponio, *L.* 2. §. 6. 8. 12. *D. de orig. iur.* (1. 2.): — *proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit.*

(4) Cicer. *Pro Nurena* 12.

vano ignorarlo, giacchè la loro tendenza divenne sempre più pratica. Ma investigavano, predominati in parte dall'esempio del Medio Evo, per ogni moderna istituzione giuridica a quale parte dei codici romani si potessero meglio accomodare ed incorporare, o riguardare come interpetrazione. Così la servitù ed i suoi rapporti furono concepiti sotto la rubrica della schiavitù, i pesi reali sotto quella delle servitù, i rapporti giuridici del colonato furono assimigliati alla enfiteusi.

D. *Edicta magistratum.*

§. LXXIX.

L' intelligenza politica dei Romani non manifestossi in nessun' altra occasione tanto grande, che nel grado di potere, che riconobbero ai magistrati. Essi divinarono, che una più stretta limitazione di essi non avrebbe potuto conciliarsi colla prosperità sì interna come esterna dello stato. L'aver data la maggiore forza possibile ad un tal potere fu causa, che l' ordine interno conservossi lungamente nel suo stato anche in condizioni storiche infelici, favorendo uno non interrotto progresso della costituzione e del dritto senza un perenne sovvertimento della legislazione; e dando allo stato forza ed autorità al di fuori. Essi compresero, che la libertà civile non dovea essere assicurata a discapito d' un energico reggimento, che anzi esser questa la condizione della esistenza dello stato, e di tutta la vita pubblica e della stessa libertà; e cercarono ovviare ai pericoli, che potevano originarsi per questa dal potere dei magistrati con altri mezzi, che nondimeno lasciavano al magistrato il necessario dominio nei limiti della sua attività.

Uno di questi mezzi era la limitazione dei poteri de' magistrati ad un determinato tempo, scorso il quale dovevano render conto al senato, ed anche soffrire un'accusa quando vi fosse stato abuso: quindi l'esistenza contemporanea di molti magistrati per un medesimo ufficio, dei quali ciascuno poteva col suo diniego opporsi ai fatti dannosi d' un collega; infine la divisione del reggimento fra molti magistrati con attività diverse, che da una parte non erano subordinati fra loro, che anzi ciascuno dominava nella sua giurisdizione, e minoravano in tal modo il pericolo proveniente dalla forza o dalla incapacità d' un solo magistrato per tutto il governo, ma dall' altra avevano un ineguale potere, sicchè i magistrati superiori che divenivano tali soltanto coll' esercizio della magistrature inferiori (1), potevano prevenire o riparare gli errori o attentati degl' inferiori (2).

Tutta la costituzione e l'amministrazione dello stato era informata da elementi e da istituzioni religiose: anche questo serviva ad apporre delle limitazioni al potere dei magistrati nel medesimo tempo che sembrava dare ad esso una più stabile base ed un carattere sacro. Ogni magistrato doveva adempire il suo ufficio secondo la volontà degli Dei: il dritto degli auspici era mezzo per riconoscerla. Gli auspici erano alcuni fenomeni naturali concepiti ed interpetrati come manifestazioni della volontà divina. Era dovere dei magistrati consultare gli auspici (3), come pure essi soli ne avevano il dritto; una tale ricorso agli auspici era detto *spectio*. Secondo l' antica costituzione il magistrato doveva interrogare un augure come intelligente di questa materia, e prendere gli auspici secondo il parere di questo (4). Il giudizio sugli auspici, dopo il quale erano immediatamente eseguiti, era detto *nuntiatio*; *obnuntiatio* nel caso che fossero contrari, e quindi ne veniva vietato un fatto. La *nuntiatio* spettava agli auguri, ma questa non era possibile senza la *spectio*, che appartenevasi ai soli magistrati: gli auguri formavano solamente il *consilium* dei magistrati, ma non potevano entrare in attività senza esserne richiesti e prima che quelli non ordinassero la *spectio*. Dall' altra parte la *spectio* senza la *nuntiatio* non aveva alcun effetto: ma seguita questa fra il magistato e l'augure, poteva quegli continuarla, ed in questo senso può dirsi che anch' egli avesse la *nuntiatio* (5). Se ad un magistrato

(1) A questo punto, come senza dubbio anche a molti altri riferivasi la legge di Silla sui magistrati: Appian. *Bell. civ.* 1. 100 101. Probabilmente forma una sola parte di questa legge cornelia quella sui 20 questori, alla quale accenna Tacito: *Annal.* XI. 22.

(2) Dopo la prima edizione questi pensieri sono stati svolti molto più diffusamente e particolarmente in un'opera eccellente, e che fa onore al paese, a cui l' autore appartiene. Laboulaye, *Essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilite des magistrats* 1845.

(3) Cicer. *De divin.* I. 2: *nihil publice sine auspicis nec domi nec militiae gerebatur.*

(4) Festo, *v. spectio. (augures) quorum consilio rem gererent magistratus.*

(5) In questo modo è descritta questa materia con grande precisione da Cicerone, *Philipp.* II. 32: *nos enim* (gli auguri) *nuntiationem solum habemus consules et reliqui magistratus etiam spectionem.*

era negata la *nuntiatio*, ne seguiva, ch' egli aveva gli auspici per i suoi propri fatti, ma che non potesse giovarsene per impedire gli altrui. La necessità dell' intervento d' un augure moderava i poteri del magistrato (1); gli auguri avevano con ciò un ufficio simile a quello dei tribuni d'un tempo posteriore, sebbene differente ne fosse la forma e lo spirito: la forma era religiosa, dovechè l'*intercessio* dei tribuni era un atto puramente politico, e dovechè questi erano attivi nell'interesse della plebe e della novella costituzione, rappresentavano quelli l'interesse patrizio, e difendevano l'antica costituzione. Convocavasi alle volte anche l'intero collegio degli auguri; e ciò avveniva, quando trattavasi d' un atto già cominciato, e sui cui auspici elevavasi un dubbio (2); anche in questo caso il giudizio degli auguri non era possibile senza esserne stati richiesti da un magistrato.

Gli auspici erano di doppia qualità relativamente ai loro effetti. Il magistrato poteva proporli sia per i soli suoi propri fatti, sia per i fatti degli altri magistrati, e per poterli impedire. Riconoscevasi quest' ultima forza ai soli fenomeni celesti, *de coelo auspicari*. Un magistrato perciò poteva impedire colla *obnuntiatio* un' adunanza popolare convocata da un altro proponendo in questo medesimo giorno tali auspici e dichiarando ch' erano stati contrari. Un tal dritto da servire di arme contro la novella istituzione dei tribuni fu un recente ordinamento della *lex aelia et fufia*, probabilmente con una più particolare indicazione dei suoi effetti e dei magistrati, ai quali intendevasi riconoscerlo. Ma circa un secolo dopo (694) Clodio l'annullò con una legge: *re quis per eos dies, quibus cum populo agi liceret, de coelo servaret* (3) la quale perdè bentosto la sua forza, sebbene egli avesse creduto dover essere duratura (4).

Non ogni magistrato aveva un tale potere contro ciascun altro. Distinguevansi sotto un tale rispetto due classi di auspici, *maxima* e *minora*. *Maxima* erano gli auspici dei consoli, dei pretori, dei censori (senza parlare dei magistrati straordinari, dittatori, *interreges*): questi potevano perciò colla loro *obnuntiatio* impedire i fatti di tutti gli altri magistrati, che potevano essere impresi soltanto sotto *minora auspicia*. Ma anche in ciascuna di queste due classi perchè l'uno potesse *obnuntiare* l'attività dell'altro, dipendeva del fatto, se fossero colleghi. Per una tale ragione, i consoli, ed i pretori, e posteriormente anche i censori potevansi scambievolmente *turbare aut retinere auspicia*, ma non i primi gli ultimi, nè questi quelli, giacchè i censori non erano colleghi nè dei consoli nè dei pretori. Un tribuno poteva *obnuntiare* ad un altro tribuno. Differivasi da ciò il dritto non solamente di render vana un'assemblea popolare tenuta da un altro magistrato, ma di avocarla ancora, per convocare nel medesimo giorno un'altra adunanza, giacchè non era possibile tenerne due nello stesso giorno. In tal caso veniva sciolta l'assemblea popolare non perchè non era possibile in questo giorno, ossia non perchè si mostrassero avversi gli auspici, ma a causa d'un privilegio stante l'eguaglianza degli auspici. Un tal privilegio avevasi il console in opposizione di tutti i magistrati, ed il pretore contro tutti gli altri fatta eccezione del console; ma non l'avevano i rimanenti magistrati nè anche fra loro.

Quei magistrati che avevano gli *auspicia maxima* erano detti *magistratus maiores*, i rimanenti *minores*; tali erano gli *aediles*, *tribuni plebis*, *quaestores* (*aerari*) *tribuni militum*, quelli compresi sotto la denominazione *vigintisexviri*, *triumviri capitales* per la polizia criminale, per le prigioni e l'esecuzione delle condanne di morte (5), *triumviri monetales* per le monete, *quattuorviri viarum* per le strade della città, *ducemviri* per le strade delle campagne, *ducemviri litibus iudicandis*, infine i *quattuorviri* che come *praefecti iuri dicundo* erano inviati nelle prefetture della Campania (6). Gli ultimi mancarono col cessare delle prefetture, e quando per la cura delle strade delle campagne non abbisognarono più magistrati speciali furono quelli ridotti ai *vigintiviri*.

Se l'uso degli auspici era stato prodotto primitivamente dalla forza della coscienza religiosa, posteriormente fu conservato per ragioni puramente politiche (7). Ne fu con-

(1) Anche il potere dei re era soggetto ad una tale limitazione, come vien pruovato dall' esempio di At. Navio, Liv. I. 36.

(2) Cicerone, *De divinit.* II. 35.

(3) Dion. Cass. XXXVIII. 13. Cicer. *In Vatin* 7. Ascon. *In Pison* (Orell. p. 9).

(4) Cicerone, *Ad Q. frat.* III. 3. Appian. III. 7.

(5) A questi erano di aiuto i *quimque viri cis Tiberim et ultra Tiberim*, che li sostituivano in tempo di notte *L.* 2. §. 30. *D. de orig. iur.* (§. 2) Liv. XXXIX. 14.

(6) Dion. Cass. LIV. 26. Festo, *v. praefecturae*.

(7) Cicer. *de divin.* II. 35: *existimoque ius augurum, etsi divinationis opinione principi*

seguenza, che un tale uso ne venne limitato: stantechè se prima era generale, mancò posteriormente nell' amministrazione del dritto, e nell'esercizio della guerra (1), sebbene durasse per le adunanze popolari: *ut comitiorum, vel in iudiciis populi, vel in iure legum, vel in creandis magistratibus, principes civitatis essent interpretes*. Fu purtuttavia utile per distinguere il potere dei magistrati; la divisione di essi *in maiores et minores magistratus* giovò per determinare le conseguenze del loro *imperium*, del potere e dei loro ordinamenti: la *lex curiata*, che dava l' *imperium*, riconosceva nel medesimo tempo il dritto degli auspici: l'uno era connesso coll'altro: *iustum imperium auspiciumque domi et militiae*. Tutti i veri magistrati ebbero primitivamenti *imperium et auspicium*: a chi veniva dato il primo senza il secondo, era *pro magistratu*, questo avveniva per i proconsoli ed i propretori, ai quali per l' esercizio della guerra era prolungato l' *imperium*, poichè avevano deposti gli auspici col consolato o colla pretura (2). Ma come ammettevasi un *imperium* senza gli auspici, originaronsi pure dei magistrati cogli auspici senza un vero *imperium* sebbene fossero minori magistrati: sono questi appunto i mentovati *minores magistratus*.

L' *imperium* conteneva il diritto del comando ed il potere di sforzare all'ubbidienza. Il magistrato superiore aveva perciò la capacità di fare un *decretum*, e di occuparsi della *causae cognitio* anteriore alla decisione, quante volte vi si prestava il caso. (3) Per una tale *cognitio* poteva citare per mezzo d'un littore, avendo il dritto della *vocatio* negato ad un magistrato minore, sebbene fin dagli ultimi giorni della republica fosse cominciata una confusione dei poteri, e particolarmente i tribuni del popolo esercitassero d'un modo illegale il *ius vocandi* (4). Riconoscevasi soltanto ai tribuni il dritto di non poter esser citati nè da un magistrato, nè da un privato per mezzo della *in ius vocatio*: in ciò erano per legge pareggiati ai magistrati maggiori, e distinti dai minori (5). Il diritto della coazione era però esercitato dai magistrati superiori per mezzo della *multae dictio*, del *pignus*, che il magistrato ordinava a danno d' un cittadino renitente, o negligente verso gli obblighi pubblici, e che poteva essere cambiato in una somma di denaro (6); colla prigionia, e con pene corporali (7). Dei magistrati senza l'*imperium* avevano alcuni il dritto *prensionis* ossia la facoltà di far prendere e menare in prigione alcuno dai suoi servi, che dicevansi *viatores*: i tribuni avevano un tal dritto. Altri non avevano nè la *vocatio* nè la *prensio*.

Col descritto ordinamento erano indicati ad ogni magistrato i mezzi della sua attività, la forma dell' esercizio del suo potere, e con ciò i limiti di questo; era nel medesimo determinato fin dove l' attività di uno potesse essere impedita da un altro: ma nessuno era sottoposto all'altro; a nessuno erano ordinate da un altro le sue azioni; ciascuno era soggetto solamente alle leggi, cui ogni magistrato, che cessava dal suo ufficio giurava di avere osservate: *in leges iurare* (8). Ogni magistrato sia che avesse o non avesse un *imperium* proprio aveva nei limiti costituzionali del suo potere un vasto campo per l'esercizio delle sue funzioni secondo il proprio criterio, e nei molti casi di questa specie, non gli mancava l'assistenza degli amici. Avveniva ben rare volte ch'egli si vedesse impedito dalla sentenza contraria d'un collega, e molto più raramente nell'amministrazione del dritto civile (9).

constitutum sit, tamen postea rei pubblicae causa conservatum ac retendum.

(1) Cicer. *de divin.* II. 36. *de natur. deor.* II. 3.

(2) Cicer. *De. nat. deor.* II. 3. *De divin.* II. 36.

(3) Nelle cose civili era questa la procedura straordinaria, che sulle prime era ammessa soltanto in pochissimi casi.

(4) Gen. XIII. 12.

(5) Gell. XIII. 13. *L.* 2. *D. de in ius voc.* (2 (4.)

(6) Il *pignum captum* o *ablatum*. occorre quando contro i privati in connessione con una multa (Liv. XLIII. 16), quando contro i senatori, che mostravansi negligenti verso i loro uffici e contro i magistrati. Cicer. *De orat.* III. 1. *Philipp.* I. 5. Liv. III. 31. XXXVII. 51.

(7) Cicer. *De leg.* III. 3. *Magistratus nec obedientem et noxium civem multa, vinclis, verberibus coerceto, ni par majorve potestas populusve prohibessit, ad quos provocatio esto.* *L.* 2. *D. de iurisd.* L'esercizio di questo potere era limitato dalle leggi sulla *provocatio* che spettava ad ogni cittadino romano, *leges valeriae, portiae, sempronia;* queste però non lo assicuravano contro il militare *imperium*, Cicer. I. c *De repulo.* II. 31. Liv. 9.

(8) Liv. XXIX. 37. Cicer. *In Pis.* 3.

(9) Per un pretore, quale fu Verre, avvenne certo sovente che il suo collega interveniva per reclamo delle parti impudentemente violate nel loro dritto; Cicerone (*in Verr.* I. 46) dice, che il popolo l' avrebbe ucciso a colpi di pietre, se non avesse avuto un collega giusto ed intelligente, al quale i violati potevano volgersi per aiuto.

§. LXXX.

È d'uopo aver presente questa costituzione dei magistrati romani per comprendere il potere, che quelli che ebbero l'amministrazione del dritto civile dovettero esercitare su questo: è questo un potere che in qualche modo è comune alle autorità giudiziarie di tutti i tempi e di tutti i popoli, ma che presso i Romani ebbe una espressione propria, ed una forma speciale.

L'autorità naturale dei giudizi sul dritto consiste in ciò, ch'essi essendo l'applicazione del dritto formano una *media* fra i principi giuridici e la vita reale. Il dritto si svolge in questa per mezzo di quelli; la sua esistenza reale dipende dalla conoscenza e dall'uso che se ne faccia; prende una espressione viva nella coscienza e nell'attività dei giudici, le cui decisioni, nelle quali pronunziano quello che hanno giudicato come dritto, ossia le *res iudicatae* ne addivengono altrettante fonti di riconoscimento, stantechè possiamo considerarle come un riflesso fedele d'un convincimento nazionale. Ma non è a questa *auctoritas rerum iudicatarum*, alla quale accenniamo parlando del potere dei magistrati romani sul dritto. Giacchè la procedura ordinaria si era, che il magistrato non investigava nè decideva la quistione di dritto, ma rimettendone la decisione ad un tribunale differente limitavasi a preparare l'attività di questo formolando il quesito litigioso. A ciò ordinariamente arrestavasi l'ufficio del magistrato, *officium ius dicentis* in opposizione coll'*officio iudicis*. Era questa pure la regione, nella quale potevano avere realtà i suoi poteri.

Nei tempi primitivi la possibilità di produrre delle innovazioni nel dritto o nella sua applicazione fu molto limitata per i magistrati stante la forma della procedura, che a quel tempo era esclusiva. I reclami erano introdotti davanti al magistrato per mezzo delle *legis actiones*, ch'erano prescritte dalle leggi, e dai giurisperiti svolte ordinate e determinate nella loro applicazione. Furono i *prudentes* quelli, che fecondarono il dritto colla interpetrazione; il magistrato non poteva esercitare un potere positivo sopra esso, dovendo accogliere le *actiones* quali gli si appresentavano, e sentenziare in quel modo che la tradizione gl'imponeva di fare: ma per tutt'altro il dritto stava sotto l'autorità dei *prudentes*. Soltanto alcuni punti relativi alla parte esterna della procedura dipendevano dal criterio del magistrato, come l'indicazione dei giorni, i veri *dies fasti*, nei quali permetteva che si procedesse avanti di lui, giacchè oltre i *dies fasti* in cui potevano le parti richiederlo di udienza, ed i *dies nefasti*, nei quali era ciò impossibile, ve ne aveva degli altri nei quali il magistrato secondo i bisogni ed il proprio volere poteva permettere che si venisse da lui per la trattazione degli affari. Aveva inoltre la facoltà d'indicare quali persone volesse che si presentassero da lui sole, o con un intercessore, o senza un tale, e di riconoscere quali potessero farsi mandatari per gli altri. Non vi erano a tal proposito ordinamenti generali legislativi, e sarebbe stato anche pregiudiciale agli affari o alla dignità del magistrato permettere a tutte le persone e senza alcuna differenza di esporre personalmente le loro bisogne, o di servire d'interpetri alle cose altrui. Nei casi nei quali riconoscevasi alle parti il dritto di chiedere un giudice fuori del novero degli ordinari (nella *legis actio per iudicis arbitrio* e *postulationem*) era nelle facoltà del magistrato escluderne alcune persone, che gli sembravano incapaci a tanto, o la cui ammissione non conciliavasi colla dignità delle funzioni giudiziarie. In alcuni punti infine l'attività del magistrato operava molto più direttamente sulla cosa istessa, sebbene si riferissero sempre alla procedura. Nei processi, nei quali dovevansi presentare dei garanti, il magistrato aveva a decidere della loro idoneità, ne decretava il rigetto o l'ammissione, e da questo giudizio dipendevano gli atti ulteriori dell'azione. Nella vindicazione egli poteva fino alla decisione deffinitiva sul dritto dare ad una delle parti il possesso provvisorio dell'obbietto, sul quale quistionavasi.

Anche nei più antichi tempi furonvi dei rapporti, il cui ordinamento giuridico era rimesso ai magistrati. Un tale potere non estendevasi però a riconoscere ad alcuno dei dritti, ch'egli avrebbe dovuto esercitare giudiziariamente contro coloro che negavano di riconoscerli. Giacchè un tale esercizio doveva avvenire per mezzo delle *legis actiones*, e queste supponevano, che al reclamante derivasse il suo dritto dalla legge sia espressamente sia per interpetrazione dei *prudentes*. Se quindi il pretore avesse ammesso ad una *legis actio* un reclamante, il cui reclamo non era fondato sulla legge sia espressamente sia in un modo indiretto, una tale ammissione non avrebbe avuto alcun risultato, giacchè il giudice avrebbe sempre rigettato il reclamo ed assoluta la parte contraria. Eravi nondimeno un mezzo come dare effetto al reclamo, che il pretore ammetteva: importava soltanto, che questi avesse per se l'opinio-

ne pubblica per non avere a temere una decisione contro il suo *imperium*. Un tal mezzo consisteva nel *ius decernendo*, e nella facoltà di obbligare alla esecuzione dei decreti con una condanna in denaro, ossia in una procedura ordinaria senza *iudicium*. Il magistrato nei casi, nei quali una parte presentavasi a lui con un reclamo, che non poteva far valere con una *legis actio*, aveva a far citare la parte contraria da uno dei suoi littori, prendere in considerazione la quistione e definirla con un decreto. Dalla generale possibilità d'un tal metodo non deesi però conchiudere alla sua realtà. Passò certo lungo tempo prima che i pretori usassero d'un tal mezzo: il bisogno di elevarsi sull'intero popolo, che era una barriera contro l'arbitrio del magistrato, e di non tener conto della tradizione e della procedura, che la sola appariva come un ordine giudiziario, dovette divenire molto potente, primachè gli stessi pretori s'inducessero a ricorrere ad un tal mezzo. E nondimeno il decreto aveva una efficacia minore della sentenza d'un giudice: questa valeva per sempre come emanata direttamente dalla legge, dovechè il decreto non aveva altra forza che quella che poteva comunicare ad esso il magistrato secondo l'estensione dei suoi poteri: quindi nessun altro magistrato, e nè anche il suo successore era tenuto ad osservarlo.

Sì per quest'ultimo riguardo come pure a causa dell'attenenza coll'*ordo iudiciorum* i pretori, che i primi dovettero avere l'occasione di elevarsi sui limiti del dritto civile, dovettero seguire il seguente metodo. Essi ordinavano con un decreto a colui contro il quale doveva essere esercitato un reclamo non fondato sul dritto civile, di fare una *sponsio* al reclamante, colla quale prometteva una somma o un altro oggetto colla condizione che fossero veri i fatti, da cui l'attore deduceva il suo reclamo. Con una tale promessa, ossia con un fatto valido secondo il dritto civile e da poter essere esercitato con un'azione, intentava l'ultimo la *legis actio*, come se il tutto fosse avvenuto senza l'intervento del pretore. Un tale esercizio dell'*imperium* avveniva prima dell'esercizio delle azioni civili. Così quando quistionavasi sulla proprietà d'una cosa, il pretore aveva a decidere quale delle due parti avesse a possederla fino alla decisione giudiziaria, ordinando al possessore di presentare un garante e di dar cauzione, che perdendo la lite avrebbe restituita all'altro la cosa coi frutti (1). Se questi era riconosciuto dal giudice come proprietario, eravi già l'antecedente della promessa, e potevasi quindi chiedere la restituzione della cosa. Un simigliante potere del pretore d'imporre una tale promessa era usato anche in quei casi, nei quali egli concedeva ad alcuno un dritto, che non era fondato sul *ius civile*. Un esempio, che forse contiene uno dei casi precedenti, giacchè in questo il fatto del pretore non incontrava alcuna difficoltà, è il seguente. Secondo il dritto civile il pretore, come osservammo, aveva in una vindicazione a dare il possesso provvisorio a suo arbitrio. Ma egli stesso apponeva un limite a questo suo arbitrio dichiarando, ch'egli intendeva mantenere il possesso fino alla decisione sulla proprietà a colui che fosse il presente possessore, quando non l'avesse ottenuto d'un modo ingiusto, per esempio colla violenza usata all'altro, e che quindi con più ragione darebbe il suo patrocinio contro i tentativi di violento cambiamento nello stato del possesso. Se questa *sponsio* avveniva per ordinamento del pretore, il reclamante otteneva una *legis actio*, colla quale affermava, che la parte contraria avevagli promesso, per esempio, una somma sotto quella condizione, e ch'essendo questa avvenuta, egli avesse dritto alla cosa promessa. In tal modo introdusse il pretore e rese capace di esercizio un novello dritto, quello del possesso.

Ma molto più venne esteso il potere dei magistrati sul dritto per mezzo della *lex aebutia*. Questa introdusse, oltre le *legis actiones* sebbene almeno in parte sussistessero, una differente procedura, secondo la quale le pretensioni delle parti davanti al magistrato erano comprese in una formola in iscritto. Con ciò le azioni addivenivano indipendenti dalle parole della legge, le quali dovevano essere usate nelle *legis actiones*: sicchè in quanto alla forma tutte le azioni furono date dal magistrato da questo tempo: egli indicava la forma della procedura anche a quelle garantite dal dritto civile, divenendo in tal modo più attivo il suo potere nel modo d'introdurre il processo. Ciò importava degli effetti materiali inevitabili. In tal modo era dato al pretore la possibilità di ammettere delle azioni, che non erano fondate sul dritto civile, potendo pure senza mezzi indiretti venire incontro al bisogno ed elevarsi al di sopra degli angusti limiti del dritto esistente. Quando alcuno volgevasi a lui, e le pretensioni di questo

(1) Cajo, IV. 16: — *interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructum.*

ritenendo veri i fatti esposti, sembravano giusti, sebbene per dritto civile non avesse alcun'azione, ossia alcuna *legis actio*, poteva il pretore dargli una formola nello stesso modo, che se quegli avesse potuto giovarsi del dritto civile, occorrendo sin da questo tempo azioni pretorie ed in generale dei magistrati, *honorariae actiones*. Egli ordinava al giudice nella formola di condannare il convenuto, quando dalle indagini da prendersi risultasse, che i fatti affermati dall'attore ed indicati nella formola fossero veri. Un esempio ci si porge nell'*actio furti manifesti*, che fu probabilmente una delle più antiche azioni introdotte dal pretore. Le XII tavole avevano statuita come *legis actio* contro il ladro, che era sorpreso sul fatto, la *manus iniectio*, e quando la parte offesa non se ne accontentava il pretore doveva darglielo per ischiavo; sicchè la multa, colla quale il reo poteva sottrarsi ad un tale addizione, era rimessa dalla legge all'arbitrio del rubato, potendo questi a suo capriccio determinare la somma, della quale il ladro doveva soddisfarlo. Il pretore però fissò la somma, colla quale il rubato doveva accontentarsi, al quadruplo del valore della cosa, dandogli a tale oggetto un'azione, ed ordinando nella formola al giudice di condannare il ladro quante volte fosse pruovato contro lui il *furtum manifestum*, in quella somma, della quaanche il rubato doveva essere soddisfatto.

Sovente il pretore indicava al giudice per i novelli casi una più larga regola rimandando nella formola ad una istituzione di dritto più antica e già nota, secondo i cui principi anche il presente caso doveva essere giudicato. Ordinando egli al giudice di decidere come se vi fossero alcuni fatti, che erano condizione dell'ammissibilità d'un'azione per dritto civile, applicava all'azione da lui ammessa, una teoria esistente già da lungo tempo, e poneva il giudice nel grado di definire la quistione presente senza una diffusa dichiarazione. Quando per esempio il pretore avvisavasi di considerare come proprietario una persona, sebbene per dritto civile tale non fosse, e voleva dargli un'azione analoga a quella di proprietà, era il mezzo più semplice e più opportuno ordinare al giudice, che quando la cosa fosse realmente tale quale il pretore la supponeva, non dovesse decidere diversamente da quello che deciderebbe se l'attore avesse acquistato l'oggetto in uno dei modi riconosciuti dal dritto civile, ossia che l'azione dovesse essere considerata nei suoi effetti come l'azione di proprietà. I Romani dicevano *fictio* questo rimando ad un altro rapporto, secondo il quale doveva essere deciso il presente: il fingere quel rapporto, il fingere l'esistenza di alcuni fatti val dire, che si debbano ammettere i medesimi effetti come se quei fatti fossero reali, e che le conseguenze d'un fatto dovessero essere applicate ad un altro.

Ma la *lex aebutia* non solamente fece abilità al pretore d'introdurre delle azioni e di riconoscere dei dritti che non avrebbero potuto essere esercitati per dritto civile, ma gli dette ancora la capacità di apprestare al convenuto un mezzo di difesa ignoto all'antica procedura apportando anche in tal modo una modificazione al dritto civile. Il più semplice mezzo di difesa del convenuto si è di negare il dritto dell'attore: ciò avveniva naturalmente quasi sempre, ed è efficace, quante volte i fatti, dai quali il reclamante fa derivare il suo dritto, non esistono o non sono bastanti a pruovare il preteso dritto, o infine quando è avvenuto un fatto recente, che novellamente annulli il dritto che si era già formato *iuri civili*. È questo per esempio il caso, nel quale chi è chiamato in giudizio come debitore affermi che il contratto, col quale l'attore intendeva addivenire creditore, non sia stato formato nel modo ordinato dal dritto civile, o che il debito fosse stato pagato legalmente, donde sarebbe stato annullato il dritto. Ma il pretore volendo riconoscere ad alcuni fatti la conseguenza di annullare un dritto, come per esempio di fare assolvere il debitore, vi adempiva annettendo alla formola a favore del debitore la seguente giunta, che nessuna condanna dovesse essere pronunziata contro lui non solamente se le asserzioni dell'attore fossero trovate non fondate, ma anche quando il fatto, che il debitore apportava per la sua liberazione fosse trovato giusto. Sicchè un tal fatto forma una eccezione alla regola delle condanne, e fu detto perciò *exceptio*. Tali eccezioni assicuravano dunque il convenuto nel caso, che la pretensione dell'attore esista realmente per dritto civile ma che il pretore per qualunque siasi ragione si avvisasse di negare ad essa qualunque efficacia contro il debitore.

Sventuratamente non conoscesi l'epoca della *lex aebutia*, colla quale si aperse un nuovo metodo o almeno uno più vasto per lo svolgimento del dritto romano. Può ritenersi come certo, che la procedura introdotta da essa non era nuova al tempo di Cicerone, ma esisteva già da lungo tempo. Si è opinato, che una tale legge non potesse essere anteriore al 605, giacchè in questo

anno la *lex calpurnia repetundarum* statuiva un *sacramento agere* contro il trasgressore, e che non sia probabile, che anche dopo la *lex aebutia* s'introducesse una *legis actio* qual'era l'azione per *sacramentum* (1). Ma ciò non è vero; giacchè la legge *aebutia* non deve la sua origine al convincimento, che la procedura per mezzo della *legis actio* fosse assolutamente viziosa, ma riputavasi tale soltanto la limitazione, che proveniva dalla esclusività di questa antica procedura: questa soltanto intendevasi rimuovere colla *lex aebutia*, sebbene molte *legis actiones* (per esempio quelle *per conditionem*) ne fossero annullate, giacchè la novella procedura le rendeva al tutto oziose. Con ciò si accorda molto bene, che una tale procedura o una analoga (da poi che tale era infine il *sacramento agere ex lege calpurnia*) (2) fosse trovata conveniente per alcuni casi, e forse più conveniente della novella procedura delle formole. Noi abbiam ragione di risalire fino alla metà del sesto secolo per trovare il momento di origine della *lex aebutia*. A così opinare ci persuade l'origine delle *leges imperfectae* in questa medesima epoca. La possibilità di sottrarsi agli effetti determinati e giuridici d'una legge riguardante il dritto privato rimettendone l'esecuzione al semplice arbitrio del magistrato, come avveniva in quelle leggi imperfette e proibitive, suppone un compiuto sviluppo dei poteri del magistrato in queste materie; non è concepibile che fosse sorto un tale pensiero in un tempo in cui limitata, se non al tutto negativa, era l'attività dei magistrati. Una simigliante legge era la *lex cincia* (550), la quale proibiva le donazioni maggiori d'una determinata somma, senza dichiarare che la donazione dovesse essere nulla. Anche la *lex plaetoria*, che assicurava i minori contro gli effetti civili di negozi dannosi, era senza dubbio una *lex imperfecta*, ed appartiene probabilmente a questo medesimo tempo. L'atto che era conchiuso *contra legem cinciam*, *contra legem plaetoriam*, non era nullo *ipso iure*, nè potevasi rigettare in un modo assoluto il reclamo dell'attore, ma venivasi in soccorso del convenuto con una *exceptio legis cinciae legis plaetoriae*. Una tale *exceptio*, dalla quale la legge ripeteva la sua realtà, non era possibile contro la *legis actio*; il reclamante avrebbe raggiunto il suo scopo nulla ostante la legge *cincia* o *plaetoria* (3). Anche da ciò vien confermato, che a quel tempo eravi già la novella procedura, la quale dava al pretore la possibilità d'impedire l'attuazione d'un azione, ch'esisteva *ipso iure*.

§. LXXXI.

Abbiamo osservato, che i magistrati, ai quali era riconosciuta la giurisdizione, avevano molti mezzi di proporre novelle regole di dritto, statuire principii giuridici, ed applicarli. Una tale possibilità era sulle prime molto limitata, si estese poi particolarmente per la introduzione della novella procedura, che noi possiamo allogare nella prima metà del sesto secolo. Ma può dimandarsi, quale forma usavano essi per tutto quanto avevano facoltà di statuire?

Ch'essi tenessero nel segreto queste novelle regole per renderle inaspettamente pubbliche in occasione d'un caso speciale, che vi si riferiva, non è concepibile. Fatta astrazione dell'apparenza di arbitrio e di capriccio, che avrebbero data in tal modo ai loro atti, doveva sembrar loro conveniente, che tali determinazioni venissero universalmente conosciute. Quando il pretore pensava di negare ad alcune persone l'accesso a lui, non attendeva il momento di far conoscere una tale sua volontà particolarmente a ciascuna di queste persone: così pure quando egli intendeva dare un provvedimento legale per un determinato caso era manifestamente più prudente portarlo a notizia generale, perchè chiunque trovavasi in simigliante condizione sapesse, che cosa potesse sperare dal pretore. Ed una tale publicità era oltre a ciò utile per comunicare agli ordini del magistrato un'autorità necessaria per il loro scopo. Per provvedere ad un tale bisogno non faceva mestieri escogitare una novella forma: eravi l'antico uso, che i magistrati davano al popolo degli *edicta*, pubbliche ordinanze, alle quali li facoltava il loro ufficio. I consoli usavano convocare il popolo l'esercito ed il senato con un editto e dare anche altri ordini in simigliante forma (4). Così per esempio i censori pubblicavano gli editti sul censo ed anche sopra altre materie, ch'e-

(1) Heffter, *Ad Cai. Comm.* IV. (1827) p. 23.

(2) È una supposizione non fondata, che il *sacramento agere ex lege calpurnia* sia stato identico col *sacramento agere ex lege XII tabularum*.

(3) Caio, IV. 108: — *nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.*

(4) Liv. XXIII. 32 XXIV. 11. XXXIX. 17. Gell. XIII. 15.

rano comprese nel loro ufficio (1). Il contenuto di questi editti poteva essere di doppia ragione, o riferivasi ad un singolo caso, come per esempio l'annunzio dei comizii, o l'ordine dato ai soldati di assembrarsi, o quello di presentarsi fatto ad una persona, il cui domicilio era ignoto, o consisteva in una regola secondo la quale il magistrato avreb'e giudicato nei casi simili; sono di tal ragione, per esempio, l'editto, col quale i consoli (539) statuirono, che in quest'anno si dovessero tenere le assemblee del senato alla Porta Capena, e quindi i citati editti dei censori (2). Editti di simile specie erano anche quelli fatti da magistrati, che avevano la giurisdizione, per rendere publiche quelle regole ch'essi volevano seguire nell'amministrazione del dritto. Erano annunziati al popolo colla voce, e poi perchè si avesse tempo a considerarli venivano scritti sopra tavole biancheggiate, *in albo*, le quali erano sospese nel foro.

Il più antico editto riguardante l'amministrazione del dritto, e di cui occorre una notizia, è quello di Cn. Flavio, col quale egli nella qualità di edile curale fè conoscere i fasti, e la cui memoria occasionò presso i posteri quei racconti, dei quali facemmo parola precedentemente. Inoltre accenna Plauto alle *edictiones aediliciae* sulle vendite nel mercato (3). Gli editti dei pretori sono sovente ricordati negli scritti di Cicerone, come una tradizione molto antica (4): il pretore urbano come il peregrino publicavano editti, e questi loro editti come *urbana* erano opposti a quelli dei reggenti provinciali, *provincialia*.

Benchè tutti i magistrati avessero la capacità di pubblicare degli editti, pure questa era particolarmente propria di quelli, che avevano la giurisdizione. Ogni pretore doveva al principio della sua magistratura, quando egli pensava di provvedervi legalmente, sentire il bisogno, di statuire e pubblicare alcune regole, che egli avrebbe applicate nell'esercizio del suo uffizio; ed un tale bisogno dovette crescere crescendo il potere dei magistrati sulla forma e sulla materia del dritto.

Originossi in tal modo l'uso, che questi magistrati non solo durante il corso del loro ufficio davano delle ordinanze secondo le occasioni, ma fin dalle prime pubblicavano degli editti, che generalmente attendevansi da colui, che imprendeva ad officiare. Poichè un pretore aveva in tal modo cominciato, era appena possibile che il suo successore non ne seguisse l'esempio; sicchè divenne un uso ordinario ed una parte essenziale del *officium ius dicentis* cominciarne l'esercizio con un tale programma, come potrebbesi denominarlo (5). In questo modo si chiarisce l'origine d'un tale uso senza spiegarlo con una determinazione speciale e legislativa: sebbene sia probabile che posteriormente venisse confermato dalla *lex aebutia*. Una regola indiretta di simile natura colla indicazione delle formole che il pretore dovrà *edicere* ed avere *in albo*, diveniva già necessaria, stantechè i casi, nei quali il pretore aveva a dare un *iudicium*, non erano particolarmente determinati nella legge. Ma il pensiero, che per l'estensione dei poteri de' magistrati poteva riuscir utile un freno contro gli abusi, quale lo porgeva un tal uso, fu forse la causa dell'ordinamento diretto, che ogni magistrato dovesse pubblicare un editto al cominciare dell'esercizio del suo ufficio.

Tali editti, che regolarmente ripetevansi da ogni pretore, e nei quali questi faceva note le regole necessarie a conoscersi da coloro che avrebbero richiesto il suo intervento, ed in cui dava norma in un modo generale a quello, ch'era rimesso alla sua decisione, e che non soffrivano interruzione alcuna al pari dell'ufficio, al quale servivano, furono detti *edicta perpetua*. Questa seconda parola potrebbe pure esprimere, ch'essi si succederono l'uno all'altro, e non fuvvi interruzione, che ogni pretore pubblicava un editto proprio impren-

(1) Gell. XV. II. (Editto contro i retori latini. Plin. *hist. natur.* XIII. 5. (Editto contro la vendita di *unguenta exotica*). XIV. 16: *ne quis vinum graeum ammineumque octonis acris singula quadrantalia venderet*. Cor. Nep. *In Cat.* 2: *Cato censor factus multas res novas addidit in edictum, quare luxuria reprimeretur*.

(2) L'editto che il pretore Atilio (551) ad istanza del senato pubblicò contro l'ammissione delle religioni straniere apparteneva nella sua prima metà: *ut quicumque libros vaticinos precationesve, aut artem sacrificandi conscriptam haberet, eos libros omnes litterasque ad se ante Kalendas Apriles deferret*, alla prima classe: alla seconda la seguente regola: *ne quis in publico sacroque loco aut externo ritu sacrificaret*. Liv. XXV. I.

(3) Plaut. *Capt.* IV. 2. 43.

(4) *Consuetudinis autem ius esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. In ea autem iura sunt quaedam ipsa iura certa propter vetustatem. Quo in genere et alia sunt multa, et eorum multo maxima pars, quae praetores aedicere consuerunt*. Cicer. *De invent.* II. 22.

(5) Cicer. *De fin.* II. 22: *est enim tibi (iam quum magistratum inieris et in concionem adscenderis) edicendum, quae sis observaturus in iure dicendo.*

dendo da officiare, e non erano occasionati da fatti particolari, che potevano avvenire per un pretore e mancare per un altro (1). Questi editti permanenti sono perciò in opposizione di quelli, che pubblicati per speciali occasioni, non era perciò necessario, che lo fossero da ogni pretore.

I nostri giuristi sogliono confondere una tale differenza con un' altra, alla quale abbiamo accennato, e che si riferisce al contenuto degli editti. Essi oppongono agli *edicta perpetua* quelli, che contenevano una disposizione per un caso speciale per esempio la citazione d'un assente, e ch' erano indicati con una espressione propria: *edicta repetina* (2). Vi ha certo anche in questo caso una distinzione, ma questa è ben differente. Non tutti gli editti, che contengono una regola, un principio di dritto, sono *perpetua*, questi formano soltanto una specie di quelli. L' editto summentovato, che nessuno potesse seguire usi religiosi novelli e stranieri, conteneva una regola: non potrebbesi però dirlo *perpetuum*, ma piuttosto *repentinum* (3).

Era naturale che il magistrato nella formazione del suo editto perpetuo avesse presente quello del suo predecessore; come pure è indubitato ch'egli non vi dava opera senza il concorso di amici intelligenti. Il contenuto di esso era il prodotto d' un'attenta considerazione, e l'espressione d' un bisogno, ch' erasi manifestato nella vita e non d'una semplice opinione subbiettiva, ma d'un convincimento comune. L' edicente avrebbe potuto senza dubbio attuare novità fantastiche nei limiti della sua giurisdizione e per la durata del suo ufficio: ma un tale disprezzo della opinione pubblica e del pericolo d' una futura condanna per abuso di poteri sarebbe stato in questo tempo una stranezza. L'uso, che Cicerone fa degli editti di Verre nell'accusa contro esso, suppone, che la condotta di questo miserabile sebbene non senza esempio, pure una volta svelata non poteva sottrarsi ad un disprezzo generale. Cicerone (*In Verr.* I. 40. 46) rimprovera particolarmente a Verre di aver fatti *in re vetere edicta nova*, e che avesse cambiato quello che i suoi predecessori avevano costantemente ammesso nei loro editti. Da ciò deesi riconoscere il grande potere dei pretori sul dritto: e stantechè il contenuto dei precedenti editti veniva generalmente tradotto nei seguenti, acquistò in tal modo l' editto pretorio una sicurezza e stabilità, che singoli editti isolatamente non avevano, non estendendosi la loro autorità al di là delle durata dell'uffizio del magistrato, che li pubblicava (4). Questa parte dell'editto tramessa dall'uno all'altro pretore era detta *edictum tralaticium* (5), ingrossandosi successivamente colla giunta di novelle regole a causa del progressivo svolgimento del dritto e dei rapporti sociali: molte cose furono cambiate avvisatamente, molte, sebbene divenute forse oziose per la diversità delle condizioni storiche, furono conservate per un rispetto tradizionale.

L' uso di pubblicare gli editti importava una sicurezza contro l'applicazione dei poteri giurisdizionali che avrebbero potuto arbitrariamente determinarsi per favore o disfavore personale. Un tal utile manifestossi particolarmente nei tempi posteriori della corruzione. Era manifesto, che il pretore avrebbe esercitato il suo ufficio secondo i principii contenuti nel suo editto. Ma avveniva, che alcune volte i pretori ne deviavano in doppio modo; l'uno ed il più inconveniente era quello di regolarsi e decidere differente da quello che avevano affermato nell' editto. Cicerone (*in Verr.* 1. 46) lo dice di Verre, i cui colleghi si videro sovente obbligati ad interporsi. Meno imprudente ma appunto perciò più pericoloso per la stabilità del dritto era l' altro modo, secondo il quale il pretore contenevasi nei limiti della sua giurisdizione solo in quanto alla forma; ciò avveniva cambiando con editti posteriori le regole del suo editto perpetuo. Verso la fine del settimo secolo un tale abuso era divenuto tanto frequente, che il tribuno Cornelio nel 687 propose e fece approvare una legge, colla quale ordinavasi ai pretori di decidere secondo i loro

(1) Erano detti *perpetua* gli editti, e non il contenuto, ossia i princìpi, che vi erano esposto, potendo questi cambiare, giacchè una regola, che leggevasi nel precedente editto era possibile che mancasse nel seguente. Quello che non poteva essere interrotto era l'*edicere*.

(2) Cicerone, *In Ver.* III. 14 *exoritur peculiare edictum repentinum, ne quis frumentum de area tolleret antequam cum decumano pactus esset.*

(3) Debbonsi dunque fare due distinzioni: 1) Editti, che contenevano una regola, e quelli che riferivansi ad un caso individuale: 2) *edicta perpetua*, e tali ch' erano occasionati da fatti speciali.

(4) *Finem edicto praetoris afferunt kalendae ianuariae* Cicer. *In Verr.* I. 42: — *legum annuam dicunt esse*: *ibid.*

(5) Cicer. *In Verr.* I. c. *Ad fam.* III. 8. § 4. Gell. III. 18.

editti perpetui, e non cambiarne o estenderne le determinazioni con editti posteriori (1). Che sia stato questo il contenuto della legge cornelia, colla quale oltre a ciò naturalmente ovviavasi anche a quel primo abuso, risulta dal racconto di Dione Cassio; il quale dice (XXXVI. 23), che i pretori pubblicavano editti incompiuti per conservarsi l'occasione di farne altri a loro arbitrio, che non pubblicavano in un medesimo tempo le loro determinazioni, nè quelle prese in una sola volta ritiravano; ma che cambiavano a seconda del favore e dell'odio. Per queste ragioni la legge ordinò che i pretori dovessero formolare in un editto al cominciare del loro ufficio il dritto, secondo il quale avrebbero giudicato, senza poterne deviare.

§. LXXXII.

Negli editti perpetui lo svolgimento del dritto prese per mezzo dei magistrati un carattere stabile ed indipendente sì dall'arbitrio degl' individui come dalla loro capacità individuale. Questi editti compresero successivamente materie molto vaste, ed in tal modo il loro contenuto, dritto dei magistrati, *ius honorarium*, *ius praetorium*, *ius aedilicium*, addivenne una parte essenziale di tutto il sistema del dritto romano. Che gli editti dei magistrati fossero noverati fra le parti del dritto civile è spiegabile, quando per dritto civile intendesi il dritto comune dei Romani in generale, ed in particolare il dritto privato. Ma anche quando intendesi il *ius civile* nel senso speciale di dritto risultante dalla coscienza giuridica dei Romani in opposizione d'un dritto più generale, del quale faremo parola appresso, e facendo anche astrazione, che gli editti anche nelle loro forme e nella loro connessione coi poteri dei magistrati sono qualche cosa di particolarmente Romano, debbonsi sempre considerare come *ius civile*, giacchè in tutti i tempi vi si contennero molti principi esclusivamente di natura romana e sulle prime forse soltanto questi. Ma dall'altra parte il *ius civile* ed il *ius honorarium* sono distinti come le due grandi metà del dritto romano (2). Una tale distinzione fu occasionata dal carattere speciale che i principii del dritto pretorio si ebbero fin dalla loro origine.

La forza, che aveva un principio dell' editto pretorio era quella stessa che poteva comunicare ad esso colui che ne era l'autore per mezzo dei poteri del suo ufficio: una regola che vi si conteneva, non aveva quindi alcuna forza obbligatoria per altri magistrati contemporanei, o posteriori: la sua importanza era quindi differente e molto più limitata di quella della volontà del popolo romano, quale manifestavasi nella legge o nel dritto consuetudinario (3). Questo può essere espresso nel seguente modo: *praetor ius facere non potest:* il dritto pretorio ha perciò un carattere tutto speciale; non è un dritto come un vero *ius civile*, che ha una forza propria ed intima, ma esiste soltanto nell'applicazione che poteva dare ad esso il pretore. I dritti, che alcuno riconosce dal dritto civile, si fondano su questo stesso dritto, ed il patrocinio del pretore vi si aggiunge come una necessaria conseguenza; esso non forma la loro esistenza, ma ne rimuove la violazione. I dritti per contrario, che alcuno fa derivare dal solo dritto pretorio, si fondano semplicemente sulla *tuitio praetoris* (4). Abbiamo precedentemente indicati i mezzi che aveva il pretore onde riconoscere un dritto a qualcuno, decreti, interdetti, azioni ed eccezioni. Colle ordinanze che pubblicava e ch' eseguiva colle azioni, ch' egli proponeva nel suo editto, e per le quali prometteva indicare un giudice non altrimenti che per quelle fondate sul dritto civile, inoltre colle eccezioni ch'erano inserite nella formola, e rendevano condizionata la condanna, il pretore poteva nel fatto produrre per una persona il medesimo effetto, che quando questa riconoscesse il suo dritto o la sua liberazione *iure civili*.

Per una tale indole del dritto pretorio il

(1) Ascon. *In Cornel.* (Orell. p. 58: — *ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent quae res cunctam gratiam ambitiosis praetoribus, qui varie ius dicerent solebant, substulit.*

(2) Per esempio, *si quis autem constituerit quod iure civili debebat, iure praetorio non debebat*, — *eum non teneri*, *quia debita iuribus non est pecunia, quae constituta est. L.* 3. §. 1. *D. de pecun. const.* (13. 5.). *Testamentum* — *utroque iure valebit*, *tam civili quam praetorio L.* 23. *D. qui testam.* (28. 1.).

(3) « Il pretore non esprimeva una regola assoluta di dritto (non ne aveva la capacità), ma dichiarava quello che avrebbe considerato ed applicato come tale, annunziando anticipatamente la sua propria attività giudiziaria ». Savigny, *Sist. del dritto rom. moderno* I. p. 117.

(4) Per esempio, *usufructus iure constitutus* opposto all' *usufructo tuitione praetoris constituto. L.* 1. *pr. D. quib. mod. ususfruct.* (7. 4.) — *valebit tuitione praetoris, non ipso iure. L.* 1. §. 5. *D. quod falso tut.* (27. 6.).

dritto civile potè conservarsi puro da qualunque elemento estraneo, che avrebbe potuto turbarne la purezza o la certezza, e nello stesso tempo furono mantenuti i limiti dei poteri dei magistrati, e gli atti dei pretori non furono tali da fare di essi altrettanti legislatori. Ma dall'altra parte era aperta una via, per la quale il pretore poteva farsi conciliatore nel conflitto fra bisogni e novelle opinioni giuridiche ed il dritto esistente, ammetterli e sodisfare al sentimento di equità. Non era un disvantaggio, che tali modificazioni non fossero attuate con una novella legislazione: fu per contrario molto utile, che esse si originassero per un organo, che presentava tutti i vantaggi di una legislazione senza un violento cambiamento delle condizioni presenti del dritto, e che per la loro dipendenza dal potere del magistrato che facevale, avvenissero a modo di tentativi, quandochè approvate per il loro passaggio da un editto in un altro, e per l'accordo di molti magistrati successivi, acquistavano nella coscienza del popolo la medesima estimazione, che se fossero delle regole legislative; sicchè il magistrato che nella formazione del suo editto avesse seguito un concetto arbitrario sarebbe stato biasimato non meno che quando avesse derogato ad una legge scritta.

Papiniano ha espresso il rapporto del dritto pretorio col civile colle seguenti parole: *ius praetorium est quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam.* Un esempio del primo caso, *adiuvandi*, ci si porge nel modo tenuto dal pretore nella esecuzione d'una *lex imperfecta*, e particolarmente della legge cincia dando al donatore una *exceptio*, o quando questi aveva già conseguata qualche cosa una *condictio* per la restituzione di quello donato *contra legem cinciam.* Appartengono a questa categoria tutti i casi, nei quali il pretore dava ad alcuno per l'esercizio del suo dritto un mezzo novello e più vantaggioso di quello che presentava il *ius civile.* Egli suppliva al dritto civile, quando ne estendeva una determinazione nel suo spirito, o pubblicando una novella regola nei casi, per i quali non eravene alcuna, quando per esempio assegnava ad alcuno dritti ereditari, su cui niuno aveva dritto secondo il *ius civile.* Egli cambiava il dritto civile, quando opponeva uno impedimento all'esercizio d'un azione proveniente da quello, e ciò faceva particolarmente mediante una *exceptio*, la quale non annullava invero il dritto, giacchè un tale diretto cambiamento non era della capacità del pretore, ma toglieva ad esso ogni efficacia. Anche in questo caso ci serve di esempio la *lex cincia*: per dritto civile il donatario poteva reclamare la cosa donata, giacchè la legge non aveva dichiarata nulla la donazione vietata.

Noi abbiamo considerato finora il dritto *honorarium* principalmente dal lato della forma. Ma anche da una tale considerazione scorgesi tutta l'erroneità d'una gran parte dei rimproveri, che furono fatti ai pretori romani da molti dei precedenti storici del dritto (1). Secondo l'opinione di questi l'attività legislativa dei pretori sarebbe fondata sopra una usurpazione d'un potere, che loro non appartenevasi, ch'essi avessero falsato il dritto civile per capriccio o per un pensiero ancor peggiore, ma che fossero stati abbastanza astuti di servirsi di finzioni, per persuadere il popolo, ch'esso viveva ancora secondo il suo antico dritto, dovechè nel fatto vi avevano sostituito un altro al tutto differente. Siccome queste opinioni procedono da un grande difetto d'intelligenza della origine del dritto e particolarmente della storia del romano, e poterono essere afforzate da una critica difettosa di alcune notizie storiche relative a quest'obbietto, così ripugnano ad ogni sano intelletto dell'uomo, giacchè oltre di considerare i pretori come altrettanti giullari, quando stupido non avrebbe dovuto essere quel popolo che si fosse lasciato privare con un artifizio tanto poco ingegnoso del suo vero dritto per vederne sostituito un'altro? Il pretore avrebbe detto; questa persona non è erede per dritto civile, ma sarà considerata come se realmente lo fosse, e tutti i suoi concittadini si sarebbero persuasi con una tale finzione, e quello che è ancora più incredibile, gli avrebbero prestato piena fede che quella persona fosse realmente erede per dritto civile. Una tale opinione è pareggiata in stranezza soltanto dall'argomento contrario d'un contradittore di Einecio, che considera la finzione come l'espressione d'una probabilità, donde la taccia di stupidezza passerebbe dal popolo al pretore, il quale con quelle parole avrebbe espresso il convincimento proprio, che quella fosse realmente erede per dritto civile,

(1) Questa erronea opinione fu particolarmente svolta da Eineccio (*Histor. iur. rom.* §. 68-84) Fu confutata anche al suo tempo, ma specialmente da Hugo, il quale ha fatto prevalere opionioni più vere come su tutta la storia del dritto in generale, così su questo punto in particolare.

senonchè non poteva pruovarlo con mezzi certi. Sarebbero in tal modo a troppo caro prezzo assoluti dalla taccia d' una maligna intenzione! Una tale controversia ha ora l' importanza d'una curiosità letteraria, ma è testimonio, con quanto poco accorgimento fosse stata trattata la storia del dritto verso la metà del precedente secolo.

Quello che distingue il dritto pretorio dal dritto civile non è solamente l'organo per il quale esso fu svolto, e prese una forma speciale, ma è altresì il contenuto. È un particolare elemento quello che prende realtà, e forma in gran parte l'anima informatrice del dritto pretorio. È questo il *ius gentium*, la cui origine e coesistenza col dritto civile è l' avvenimento il più importante nella storia del dritto di questo secondo periodo, e senza la cui conoscenza non sarebbe possibile una intelligenza vera della connessione del dritto pretorio con tutto lo svolgimento storico del dritto romano.

Il ius gentium, ed il suo rapporto col dritto pretorio.

§. LXXXIII.

Ogni popolo ha una individualità, che lo distingue dagli altri: ma non ostante una tale specialità lasciasi intravedere nelle sue tendenze e l opinioni un elemento più generale, per il quale i popoli appariscono come parti connesse d' un organismo più vasto. Questo elemento esiste nei primi tempi d'un popolo soltanto come in germe, soffocato sotto il peso preponderante dell' individualismo e delle specialità: ma col progresso della civiltà si svolge successivamente con quello ed in quello elemento che forma la individualità del popolo. Il tempo, in cui questi due elementi sono in un perfetto equilibrio fra loro, è quello della vera civiltà d' una nazione. Avviene dei popoli quello stesso, che degli uomini individui: noi diciamo rozzo quello che è predominato ferocemente ed esclusivamente dalla sua individualità: la loro civiltà consiste nella manifestazione dell' elemento generale e comune a tutto il genere umano, ma che sarà al tutto falsa, quando questo sopprima l' individualità. Una tale falsa civiltà è concepibile anche per i popoli, i quali nel corso naturale delle cose soggiacciono anch'essi al destino che addivenendo sempre più predominante quell'elemento generale, venga successivamente a spegnersi l'individuale, e perdendo quello che è il proprio di una nazione il popolo sia infine cancellato dal novero di quelli esistenti nella storia.

Il medesimo processo osservasi anche nel dritto del popoli, sebbene non prenda presso tutti la medesima forma. Contemporaneamente al principio del dritto individuale primitivo ed esclusivamente dominante, manifestasi di mano in mano nella coscienza pubblica un principio più generale. Dobbiamo ora indicare la forma particolare, che un tal fatto prende presso il popolo romano. È questa l' idea del *ius gentium*, uno dei più importanti elementi della storia del dritto romano.

Secondo il dritto internazionale italico le relazioni d'un popolo cogli altri erano sotto il patrocinio e la giurisdizione dei Feciali. Questi erano le autorità sacerdotali, che giudicavano delle controversie d'uno stato cogli stati stranieri. Quando uno di questi aveva un motivo di querela contro un altro, il governo rappresentava il fatto ai suoi Feciali; i quali lo prendevano in considerazione; e trovando le querele ben fondate, mettevansi in cammino, e chiedevano d'un modo solenne l'esecuzione del dritto del loro popolo dallo stato violatore: *res repetunt*.

Un tale solenne reclamo era detto *clarigatio*, e *pater patratus* colui che lo pronunziava (1). Davasi un tempo di trentatre giorni, trascorsi i quali senza alcun risultato, cercavasi far valere il proprio dritto colla forza (2). Alcune volte convenivano i due popoli di far decidere la quistione da un tribunale composto di membri appartenenti ad entrambi: questi giudici erano denominati *reciperatores*, dovendo essi adoperarsi per la restituzione di quanto appartenevasi al popolo violato. Ma una tale *reciperatio* era possibile non solamente per un caso speciale, ma con un trattato di alleanza poteva addivenire una istituzione permanente fra i due popoli, convenendosi, che le quistioni, e particolarmente quelle fra gl' individui, dovessero essere sempre definite in questo modo, e che quindi non vi dovesse essere mai occasione di guerra. Con ciò l'alleanza importava una sicurezza delle scambievoli relazioni, sebbene non fosse questa generale. Una simigliante sicurtà (3) quantunque più limitata contenevasi nel più antico trattato d' alleanza con Cartagine (245) e furono date delle regole per la decisione dei

(1) Servio, *Ad Aeneid.* IX. 53. Plinio, *Hist. nat.* XXII. 3. Livio, VIII. 14.

(2) Livio, IV. 30. Se ne legge una esatta narrazione in Livio, I. 32.

(3) Polibio, III. 22.

reclami, che potevansene originare. Un tale accordo e sicurezza era detta pure *reciperatio* (1). Gli elementi d' una *reciperatio* sono dunque le quistioni già esistenti, ed un accordo sul modo onde sarebbero decise quelle a venire. Non è di quest' ultima specie, come si è opinato, l'alleanza con Antioco (566), le parole della quale accennano alle sole quistioni presenti e non alle future, la cui decisione fu rimessa al proprio arbitrio sia tenendo vie amichevoli, o guerreggiando (2). Colla seconda parte di questa istituzione furono stabilite ed assicurate fra i popoli delle relazioni giuridiche.

Quando è parola di alleanza tra i Romani ed un'altro popolo, possiamo ritenere, che anche sulle relazioni private eravi un ordine giuridico fra gli alleati. Era essenziale, che finchè duravano le relazioni amichevoli le scambievoli pretensioni fossero decise giudiziariamente, essendo statuite nel trattato alcune parti del commercio con maggiore o minore precisione (3), ed essendo ben difficile che vi si contenessero regole speciale sulla forma e validità dei fatti giuridici, ed in generale sul dritto, secondo cui dovesse essere desisa una quistione fra i membri degli stati alleati, finchè speciali rapporti non importavano di quando in quando una eccezione (4). I *recuperatores* giudicavano secondo i loro convincimenti giuridici; e naturalmente la nazionalità vi dovette conferire moltissimo, sebbene non possa supporsi un'applicazione esclusiva del loro dritto patrio agli stranieri. Successivamente dovè formarsi su questo obbietto una tradizione, che generalmente seguivasi.

Si è opinato che i tribunali *recuperatores* convenuti nei trattati fossero composti di membri appartenenti ai due stati: io ritengo una tale opinione per molto improbabile. Se ammettiamo il caso d'una eguaglianza di patti fra popoli indipendenti fra loro almeno relativamente al dritto, e ci limitiamo ad un tal fatto, è più naturale ritenere, che ognuno convenisse, che lo straniero si sottomettesse al dritto patrio, il cui patrocinio era per lui un beneficio. Come uno straniero facilmente segue i costumi d'un paese, e può pretendersi da lui, che egli conformi i suoi rapporti giuridici agli ordini di questo, non potrebbe pure ricusarsi ad essere giudicato dai giudici di questo popolo, quando il suo fosse forte abbastanza da assicurarlo contro qualunque ingiustizia. A ciò si aggiunge che nel reciproco commercio gli altri popoli avevano un maggiore interesse dei Romani: questi a causa di cittadini di poca importanza, che a quel tempo esercitavano il commercio al di fuori non trovavano alcun utile nella formazione d'un accordo, nel quale il maggior vantaggio sarebbe stato degli stranieri, che traevano in Roma in folla, dovechè stante il poco numero dei Romani al di fuori forse non sarebbe stato sempre possibile eseguirlo. Nè prima nè dopo occorre una sola pruova d'un tribunale misto. Se per contrario i Romani posteriormente ammisero giudici perigrini nelle province, quante volte l'accusato era perigrino, questo era un piccolo avanzo della libertà di questi paesi. Se fossero stati in alleanza coi Romani come stati indipendenti, i loro tribunali avrebbero dovuto in tutti i casi giudicare i Romani. Per contrario essi erano soggetti alla giurisdizione romana, e non rimaneva che quel debole resto delle precedenti condizioni, al quale i provincinciali come all' ultimo raggio della loro libertà davano un gran valore, anche quando venne limitato ai processi fra loro. Da questo dritto posteriore segue dunque tanto poco, che durante, la indipendenza degli stati questi avessero avuti tribunali misti, che potrebbesi piuttosto conchiuder-

(1) Festo: *Reciperatio est, ut ait Gallus Aelius, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque, res que privatas inter se persequantur.*

(2) Livio, XXXVIII. 38: *Rhodiorum sociorumque quae aedes aedificiaque intra fines regni Antiochi sunt, quo jure ante bellum fuerunt, eo Rhodiorum sociorumve sunto. Si quae pecuniae debentur, earum exacteo est. Si quid ablatum est, id conquirendi, cognoscendi, repetendique ius item esto*: ecc. ed alla fine: *controversias inter se* (Antioco ed i socii romani) *iure ac iudicio disceptando, aut si utrisque placebit bello.*

(3) Probabilmente vi accennano le parole di Festo: *v. noncitor*: *pecuniam quis noncitor, habeto :* e l' altre: *si quid pignoris noncitor sibi habeto.*

(4) Nel trattato di alleanza coi Cartaginesi dell' anno 245 fu convenuto, che in Africa e nella Sardegna i negozianti romani dovessero conchiudere i loro affari soltanto coll' intervento d' una persona pubblica, d' un banditore o notaio, e che solamente sotto questa condizione lo stato assicurava al venditore il pagamento: che nelle province siciliane di Cartagine per contrario il Romano avrebbe dritti eguali coi Cartaginesi. Polibio. III. 22. Nel secondo trattato quest' ultimo patto è esteso alla città di Cartagine, essendo riconosciuto un simigliante dritto al Cartaginese in Roma. Polibio, III. 24.

ne ad una giurisdizione dei *recuperatores* limitata ai soli cittadini del paese.

Seguendo l' obbietto della presente trattazione noi abbiamo ad occuparci dei soli *recuperatores* romani. Secondo l' opinione già dimostrata i *recuperatores* davanti ai quali conformemente al trattato gli stranieri ed i Romani reclamavano in Roma, erano scelti soltanto fra i cittadini romani. Quello che precedentemente fu detto in generale del dritto, secondo cui essi giudicavano, trova qui la seguente applicazione. Non trattavasi del *ius civile*, nè potrebbesi ammettere per uno straniero l' esercizio del dritto della mancipazione, la *in iure cessio*, *nexa* ecc. Erano ammesse ed assicurate le relazioni, quali esistevano fra differenti popoli ed in una regione del dritto neutrale ai dritti nazionali di ciascuno di essi: per queste relazioni formaronsi forme speciali: i giudici romani procuravano che gli affari, che trattavansi avanti di essi fossero conchiusi sotto forme riconoscibili, che sebbene necessariamente si differenziassero dal dritto civile, rispondevano però al concetto, ch' essi avevansi formato dell' ordine giuridico. Era naturale, che i peregrini, ch'erano tratti dai loro affari in Roma, se da una parte si conformavano nel loro commercio ai Romani nel dritto di questi, introducessero dall' altra in simiglianti relazioni molte delle loro consuetudini patrie.

Sulle prime fu angusto il numero di queste relazioni e la pratica dei tribunali peregrini. Ma intanto Roma divenne sempre più potente, e più frequente il commercio cogli altri popoli: i Romani andavano nei paesi stranieri come dominatori: la facilità di menare a termine le loro faccende nelle soggiogate province sotto il patrocinio dei magistrati e delle milizie proprie rese più animato lo spirito del commercio, sicchè i Romani furono veduti molto più frequentemente di prima al di fuori: egualmente il concorso degli stranieri in Roma divenne sempre piu numeroso col crescere la potenza di essa. Siccome diversi fini li conducevano in Roma, così più svariate divennero le loro relazioni giuridiche coi cittadini non essendo più limitate ai soli negozi ordinari fra i commercianti. Fra questi peregrini noveravansi molti socii, che secondo che più o meno facevali dipendenti da Roma il trattato di alleanza, erano in qualche modo membri dello stato dominante: non minore era il numero dei provinciali veri sudditi di Roma. Una tale dipendenza dava loro un dritto maggiore di essere assicurati nelle private faccende, più che lo potesse la lettera dei patti nel caso d'un tale trattato. Essi non erano cittadini romani, ma non erano più stranieri. Il vero straniero, la cui nazione stava come indipendente verso i Romani, era indicato nell'antico idioma colla parola *hostis* (1); il nome di peregrino era usato per chi non era cittadino, ma dipendente dallo stato (2). Le quistioni di dritto moltiplicaronsi talmente in Roma fra i peregrini ed i Romani, che fu necessario istituire un pretore speciale: *qui inter peregrinos et inter cives et perigrinos ius dicit*, non bastando il pretore urbano a deciderle. Questo avvenne nell' anno 507 (3), sebbene anche posteriormente la pretura urbana e quella *inter peregrinos* fosse stata data alcune volte ad un medesimo pretore (4). La procedura davanti a questo pretore non consisteva naturalmente nelle *legis actiones*, di cui i peregrini erano incapaci; ma è probabile che fosse conformata a quella, che fu posteriormente introdotta dalla *lex aebutia*: il pretore udiva le parti, ed assegnava loro un giudice, formolando nel medesimo tempo la quistione in un breve scritto, col quale era fermato il fatto ed istruito il giudice. I giudici erano alle volte gli stessi *recuperatores* forse in quei casi, nei quali secondo gli usi antichi erano tradizionali, altre volte in Roma come nelle province erano indicati dei singoli giudici, veri *iudices*.

Il dritto, secondo il quale erano giudicati i rapporti dei peregrini, era sotto la vigilanza del pretore, che aveva una tale giurisdizione. Gli editti perpetui dovettero essere formati per la prima volta dai pretori peregrini e dai governatori delle province, e dovettero prendere in tal modo vaste proporzioni. Anche altre ragguardevoli persone dovettero contribuire allo svolgimento ed alla certezza di questo dritto per il patrocinio, ch'esso dava ai peregrini loro dipendenti per patronato e per ospizio. Il peregrino, ch'era di passaggio in Roma, vi trovava un ospite, che aveva il sacro dovere di venire in suo soccorso nelle contese giudiziarie (5) o

(1) Festo: *Status dies vocatur qui iudicii causa est constitutus cum peregrino: eius enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari iure cum populo romano, atque hostire ponebatur pro aequare*.

(2) Come sembrano significarlo; *sacra peregrina* ammessi in Roma, e l' *ager peregrinus* è distinto dal *hosticus* ugualmente che dal *romanus*.

(3) *Giov. Lido*, DE MAGISTR. I. 38 45. Vi si accorda Livio, *Epit.* XIX.

(4) Livio, XXV. 3. (542.) XXXVII. 50 (565).

(5) Gell. v. 18.

volgevasi per consiglio e per assistenza al patrono del suo paese e della sua città, che rappresentava non solamente gl'interessi della comunità, ma degl' individui. Per i peregrini, che stanziavano fermamente in Roma, era antica abitudine, ch' essi si riconoscessero clienti d'un Romano, il che dicevasi *applicatio* (1). Un tale rapporto assimigliavasi sulle prime in tutto al patronato: ma nel settimo secolo, secondo che ci è fatto conoscere da Cicerone, era già mancato, sebbene fosse in quel medesimo tempo avvenuto un caso, in cui il patrono attribuissi il dritto ereditario sui beni del suo cliente. L' *applicatio* erasi successivamente cambiata in un rapporto più libero, quale è quello, che interviene fra un uomo abbiente ed un altro che si raccomanda al suo patrocinio.

§. LXXXIV.

Colla cooperazione di tutte queste persone, le quali erano attive nell'amministrazione del dritto de' peregrini, formossi su quelle prime e limitate relazioni straniere, dal dritto patrio particolare dei peregrini, che avevasi presente nelle quistioni giudiziarie, e dalle opinioni degli stessi Romani su quello che in alcune determinate condizioni appariva giusto e convenevole, un dritto romano generale dei peregrini. Un tal fatto può essere chiarito coi seguenti esempi. Un peregrino reclamava davanti al pretore la proprietà d' una cosa: questa non poteva essere una proprietà *ex iure quiritium*, giacchè il peregrino ne era incapace, non potendo acquistare secondo i modi romani per *mancipatio*, *in iure cessio* ecc. Era rimesso al criterio del giudice determinare quali forme di acquistare dovessero essere ammesse per potere decidere, se al reclamante si appartenesse realmente la cosa. La più naturale si era di considerare colui come proprietario che ne aveva il possesso, ossia un potere di fatto sopra essa congiunto colla volontà di averla per se, purchè però l'effetto reale d' una tale volontà non fosse in opposizione col dritto d' un terzo. È questo il modo di acquistare usato in guerra da tutti i popoli. Sicchè addivenne un principio del dritto delle genti, che acquistasi la proprietà, quando sia senza padrone, o il precedente proprietario abbandoni la sua proprietà a vantaggio dell'acquirente.

Relativamente alle obbligazioni era un concetto naturale di tutti i popoli, che i contratti dovessero essere osservati, e che vi fosse l' obbligo dell' indennizzazione per qualunque danno illegalmente cagionato. Ma era necessario fissare un tale concetto. Per i fatti illeciti poteva servire di regola il dritto civile: per i contratti era necessario avere alcune forme, ripugnando al sentimento giuridico dei Romani ammettere un' azione per un contratto semplice e spoglio di qualunque formalità, il cui vero contenuto dimostravasi come incerto. Una forma di contrattare ordinariamente usata dai peregrini era il contratto in iscritto, e questa fu pure riconosciuta per valida dal pretore; alcune altre furono prese dal *ius civile*, quante volte non erano connesse con solennità particolari romane, o pure ne potevano essere disgiunte.

Questo generale dritto dei peregrini, ch' esisteva già in Roma nel sesto secolo, è il *ius gentium* nella sua originale espressione. Originossi per un bisogno pratico ed immediato, per servire alle relazioni dei peregrini fra loro, fra essi ed i Romani: anche il nome esprime un tale fatto. *Gentes* sono detti i popoli considerati simultaneamente e in opposizione fra loro: secondo il concetto dei Romani *gentes* erano tutte le altre nazioni esclusa la romana: il *ius gentium* romano era quello, che Roma assicurava alle *gentes* ossia ai membri degli altri popoli, che reclamavano davanti alle autorità romane. Le parole esprimono nello stesso tempo, ch' era un dritto generale, e non limitato ad un solo popolo. Era infine formato sulle basi del dritto patrio speciale di ciascun popolo, ma erasi svolto sul suolo di Roma, sotto la forza delle opinioni romane, ed aveva preso un tale carattere di universalità fra i Romani.

Il *ius gentium* conservò anche posteriormente l'importanza pratica di essere il dritto, secondo cui vivevano in Roma le persone incapaci del dritto civile (2), ma a questa espressione parziale e primitiva si aggiunse un' altra molto più importante per noi.

È necessario ricordare, ch'erano già scorsi due secoli dal tempo della formazione delle XII tavole. L'epoca, in cui erano sorte queste fondamenta del dritto civile, e durante la quale una legislazione circoscritta in limiti sì angusti soddisfaceva alla coscienza giuridica del popolo addiveniva un passato sempre

(1) Cicerone, *De Orat.* I. 39.
(2) Caio, III, 93. *sed haec quidem verborum obligatio: dari spondes? spondeo, propria civium romanorum est, celerae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives romanos sive perigrinos valent etc.*

più remoto: il giro del pensiero romano erasi allargato, l' Italia era soggetta, erano cominciate le guerre e le conquiste fuori di questa, i Romani non consideravano più Roma come la sola dimora: la loro anima era già governata dalla tendenza di far proprie tutte le terre, sulle quali potevansi estendere. Come essi furono pieghevoli ai costumi stranieri, così successivamente elevaronsi sulle anguste limitazioni del dritto civile. La loro coscienza venne fecondata collo svolgimento del dritto dei peregrini di opinioni giuridiche differenti da quelle dello stretto *ius civile*. Essi stessi vivevano secondo un tal dritto nelle loro relazioni coi peregrini; non era per essi estraneo nella sua origine ed applicazione: nel fatto era un dritto romano, sebbene non consistente di principii puramente romani. E perchè questi principii non avrebbero potuto essere applicati anche ad essi? Non rimaneva che un sol passo per riconoscere nel *ius gentium* un dritto generale anche per i Romani, e per conchiudere: *quod civile non idem continuo gentium, quod autem gentium idem civile*, (ossia *civium*) *esse debet* (1). Era giunto il tempo, in cui cominciò a manifestarsi nel popolo romano simultaneamente al suo carattere particolare un elemento più universale nei costumi e nelle opinioni; alla *civilis ratio* si aggiunse la *naturalis ratio*: nel dritto un tale elemento incarnossi nel *ius gentium* che si aggiunse al dritto civile.

È questa la specialità d' un tal fatto presso i Romani, che l'elemento più generale e non esclusivo penetrò nel loro dritto, senza che il *ius civile* ne fosse stato annullato o cambiato. Lo spirito romano non perdette la sua specialità, perchè sentì l'azione e la forza d' una civiltà progressiva. In tal modo la corrente d' un dritto più libero, che in tutt'altro caso avrebbe strascinato con se e predominato il *ius civile*, potè mantenersi nel proprio letto. Il *ius gentium* non è più il semplice dritto dei peregrini, che ha la sua origine e la sua applicazione nelle relazioni fra questi, ma forma nel medesimo tempo quella parte del dritto romano, ch' emana dalla coscienza giuridica del popolo affrancatasi dagli antichi legami. Lo stesso dritto romano divenne doppio, e questo suo dualismo addimostrasi nelle particolari istituzioni, nel dritto di proprietà, nelle obbligazioni, nel dritto di famiglia, nelle quali tutte coesistono i rapporti del dritto civile con quelli del *ius gentium*.

Nel tempo passato fu predominante presso i nostri giuristi l'opinione, che il dritto delle genti fosse stato una semplice speculazione dottrinale, o che sebbene avesse servito ad uno scopo pratico, fosse stato il prodotto d'un lavoro scientifico: donde provenne il pensiero, che fosse stato dedotto da principii astratti come il dritto di natura dei nostri precedenti filosofi. Coloro, che non poterono negare ad esso un fondamento positivo, opinarono, che i romani l'avessero formato per astrazione sulle specialità del *ius civile*, o per investigazione e comprensione dei dritti di tutti i popoli conosciuti da loro, e che avessero dichiarato per *ius gentium* quello che vi aveva di comune. Coloro, che così opinano non riflettono, che la sua origine risale ad un tempo anteriore alla scienza, che a questo tempo l'intelligenza romana mancava della capacità d' un simile lavoro, quand'anche ne avesse avuta la tendenza, e ch' esso servì alla soddisfazione d' uno scopo pratico ed imperioso. Per avere un giusto concetto del *ius gentium*, furono comunemente considerate come le fonti più chiare l'espressioni generali dei posteriori giureconsulti romani, e si volle applicare alla sua prima origine in Roma la definizione di Caio, I. 1.: *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium*, senza riflettere, che a questo tempo eravisi aggiunta una considezione scientifica, la quale sebbene non avesse distrutta la forma primitiva di esso, aveva però prodotte delle modificazioni. Si è inoltre confuso il fatto vero, che i Romani concepivano il *ius gentium* come un dritto di tutti gli uomini, a qualunque popolo si appartenessero, con quello interamente diverso, e non fondato, che siavi stato già prima un dritto comune a tutti i popoli ed indipendente da quell' azione e dalla forza, che vi esercitarono i Romani, e che questi avessero trovato ed ammesso.

Noi riduciamo in breve il risultato della precedente trattazione. Il *ius gentium* ha due momenti: da una parte esso è il dritto generale dei peregrini, secondo cui i Romani giudicavano i rappporti giuridici delle

(1) Cicerone *De offic.* III. 17. Eravi pure un dritto, ch' era di esclusiva pertinenza dei peregrini, sicchè i Romani ne erano incapaci. Così sembra, che i Romani non avessero potuto obbligarsi per *syngrapha* come i peregrini, secondo le parole di Caio: *quod genus obligationis proprium peregrinorum est* (III.134), dovechè ammettevansi gli *arcaria nomina* per i peregrini e per i Romani: *quia non ipso nomine* (non colla scrittura) *sed numeratione pecuniae obligantur*, *quod genus obligationis* (l' obbligazione per prestito) *iuris gentium est* (III. 132).

persone, le quali non avevano l'esercizio del *ius civile*: le basi d' un tal dritto erano realmente straniere, sebbene variamente modificate e svolte secondo il bisogno d'una applicazione più vasta, e sotto il potere del concepimento romano. Dall' altra parte esso è il dritto che ha la sua origine nelle opinioni giuridiche del popolo romano addivenute più larghe ed universali, ma che non furono cagionate d'un modo artificiale, per speculazione o per dotte investigazioni, ma per forza dello spirito del popolo romano sempre più inoltrantesi nella sua civiltà. Le due parti del concetto sono intimamente connesse fra loro: l' una segna la prima manifestazione del *ius gentium* in Roma, ed ha aperte le prime tracce alla seconda, dando a questa una forma speciale, nella quale conservossi nella sua indipendenza differente dal *ius civile* e senza violare i limiti di questo. La seconda fu anch' essa attiva per lo sviluppo della prima, del dritto dei peregrini, e fè sorgere il pensiero, che questo dritto generale dei peregrini valesse anche per i Romani astrattamente dalle loro relazioni con essi. Dritti dei peregrini e dritto romano sgombro da ogni opinione individuale del popolo sono le due parti del medesimo concetto, che i Romani esprimevano colle parole *ius gentium*.

Degli effetti del ius gentium sul dritto pretorio.

§. LXXXV.

Ci rimane ancora a parlare del potere, e degli effetti di questo dritto sul pretorio. Il *ius gentium* fu attuato principalmente come dritto dei peregrini coll'editto del pretore peregrino e cogli editti provinciali, come dritto per i Romani coll' editto del pretore urbano. Con ciò il dritto pretorio prende una direzione speciale, che lo distingue dal dritto civile non solamente nella forma e nei mezzi esterni, dei quali poteva disporre il pretore, ma anche nella indole delle sue determinazioni.

Gli editti dei pretori contenevano non pochi principii, che per il loro contenuto conformavansi perfettamente al *ius civile*, distinguendosene soltanto per la forma, o che non erano, che uno svolgimento di esso, sebbene fossero concepiti nel suo spirito. Ma oltre questi occorre un numero maggiore di principii, che si differenziano interamente da un tal dritto, avendo una natura tutta propria e diversa. Le fonti di essi non furono il subbiettivo capriccio dei pretori o un esercizio illegale del loro potere, come molti storici hanno opinato, ma debbonsi cercare nel cambiamento, ch' era succeduto nella coscienza giuridica del popolo, in una parola, nel *ius gentium*, ch'era sorto in opposizione col *ius civile*. Vendendo il Romano una cosa e consegnandola all'acquirente senza usare la forma, per la quale veniva trasmessa la proprietà *ex iure quiritium*, per dritto civile il venditore ne era ancora il proprietario, e poteva rivendicarla, ma il pretore dette al compratore una *exceptio*, che anzi un'azione per reclamare la cosa da qualunque possessore. Un debitore avendo soddisfatto il suo creditore non nella forma che il *ius civile* ordinava, rimaneva sempre debitore ed esposto all' azione del creditore, ma il pretore lo liberava da questa con una *exceptio*. Il pretore dette validità a molti contratti, che secondo il *ius civile* non avrebbero prodotto alcun effetto, mancando delle forme di esso, Egli ammise alla successione delle persone, alle quali il *ius civile* non riconosceva alcun dritto ereditario; egli vi fece intervenire alcuni parenti del defunto, la cui parentela non era quella, alla quale il *ius civile* aveva esclusivamente riconosciuto un tal dritto. In tutti questi punti seguiva le opinioni del popolo, il cui sentimento giuridico erasi elevato sugli angusti limiti del *ius civile*, ed aveva già cominciato a piegarsi verso quello, ch' in se stesso sembravagli giusto. E questo sentimento giuridico diretto più verso l'essenza che verso la forma è appunto la *naturalis aequitas* (in opposizione colla *civilis aequitas*), che i Romani riconobbero come il principio del *ius gentium*.

Ora è possibile determinare il rapporto del *ius honorarium* e del *ius gentium*. Che sieno diversi, è manifesto. La differenza fra il *ius civile* e l' *honorarium* si riferisce agli organi, in cui il dritto prende realtà, quella fra il *ius civile* ed il *ius gentium* all' interno carattere del dritto ed alla circonferenza della loro applicazione. Entrambi potevansi amalgare almeno esternamente, e ciò sarebbe avvenuto quando tutto il *ius gentium* fosse stato formolato negli editti; ma ciò non avvenne, potendo un principio appartenere ad uno di questi dritti senza esserlo dell' altro. Ciò non ostante vi ha fra l' uno e l' altro una molto forte e stretta connessione; chi la sconoscesse, non potrebbe mai essere nel grado di concepire compiutamente lo svolgimento del dritto pretorio, come una parte speciale di tutto il dritto romano, importante, vasta, trattata e svolta scientificamente dai giuristi romani. Un tal fatto si chiarisce maggiormente conside-

rando, che gli editti dei pretori erano particolarmente sotto l'azione e la forza dei novelli principii del *ius gentium*, e che la maggior parte delle loro determinazioni può essere attribuita a questo elemento del dritto romano. Ma se il dritto pretorio distinguesi dal civile per la forma, stantechè il pretore non aveva alcun potere legislativo, vi si differenzia altresì per il contenuto, in quantochè esso ebbe la sua fonte in un principio al tutto diverso da quello del *ius civile*, e questo è la *naturalis aequitas*, il principio del *ius gentium*.

Ci rimane infine a rispondere alla quistione sull' epoca del *ius honorarium*, la quale potrà essere ora risoluta in un modo compiuto. Le opinioni di coloro, che ne fecero parola, variarono moltissimo: alcuni mostraronsi inchinati a considerare l'origine della pretura come il punto di cominciamento del dritto pretorio; altri lo vogliono creato dalla *lex cornelia* del 687, e molti opinano, che fosse cominciato poco prima di Cicerone (648), o al tempo della sua gioventù (1); alcuni si limitano ad affermare, che esso esisteva già al tempo di Cicerone, senza investigarne l'origine nei tempi anteriori (2). Questa varietà delle opinioni operò moltissimo sulle investigazioni storiche delle singole istituzioni, che si connettono col dritto pretorio: ma il difetto d' un convincimento certo, ed anche la manifestazione d' una opinione falsa sull'epoca della origine di questo dritto non ha sempre impedito, che un sentimento retto e lontano da ogni arbitrio non divinasse il vero nella trattazione delle singole materie.

È necessario avanti tutto stabilire, che nella presente quistione non trattasi dell' epoca degli editti. Gli editti, nei quali il pretore esprimeva dei principii giuridici, erano già da lungo tempo prima che il dritto pretorio formasse in opposizione del civile una parte speciale del dritto. Ed anche sulla quistione del tempo della origine degli editti perpetui i nostri giuristi andarono in diverse opinioni. Non può concepirsi il dritto pretorio come anteriore all' uso di pubblicare annualmente e regolarmente degli editti, ma un tale uso sembra aver preceduto di molti anni la formazione del dritto pretorio nel senso sopra indicato. L'origine del dritto pretorio, che coesiste col civile con non minore importanza ed applicazione, suppone due condizioni. L'una è l' introduzione delle formole; giacchè soltanto con queste potè il pretore dare realtà d'un modo più comprensivo ad un dritto non fondato sul dritto civile, sicchè non può fissarsi prima della *lex aebutia* (3). L'altra condizione è la manifestazione d'una forza di concepimento più vasto nel popolo romano, donde originossi il *ius gentium*, e nello stesso tempo il dritto pretorio ebbe una forma speciale, per la quale distinguesi dal civile. Entrambi questi due fattori di esso segnano la metà del sesto secolo, come il tempo della sua origine. Con ciò si accorda, che Cicerone cita il dritto pretorio nel senso da noi inteso come esistente già da lungo tempo (4).

TERZO PERIODO

Il principato e l'antica costituzione.

§. LXXXVI.

I turbamenti civili del settimo secolo produssero, che i più potenti presero il governo dello stato, e che questi acquistassero e ritenessero successivamente un tale e tanto potere, che sotto il loro dominio la repubblica divenne un semplice fantasma.

Giulio Cesare aveva già acquistato questo predominio, ed egli davasi pensiero di confermarlo, ed aveva già concepito il piano di un novello ordinamento di tutto lo stato, quando fu morto nell'anno 710. Più felice fu il suo figlio adottivo Ottaviano, che il primo ebbe dal senato il titolo di Augusto trasmesso ai suoi successori, col quale è singolarmente indicato anche dagli scrittori romani posteriori. Egli credè prudente astenersi da riforme importanti, e clamorose. E questa prudente moderazione abituò il popolo, i cui più energici capi erano caduti, al dominio più durevole ed a vita d'un solo. Dopo il suo lungo reggimento il potere passò alla sua morte (767 dopo la fondazione della città, e 14 dopo Cristo) nelle mani del suo figlio adottivo Tiberio Claudio Nerone. Questi morì l' anno 37 dopo Cristo: il suo successore C. Cesare, come è denominato dagli scrittori romani (il primo Cesare è detto *Divus Julius*), ch' ebbe il secondo nome di Caligola, col quale i

(1) Zimmern, *Storia del dritto priv. rom. I.* §. 38.

(2) Hugo, *Storia del dritto romano*, p. 418. Egli osserva, che la povertà delle notizie storiche sull' epoca dell' editto sia uno dei maggiori vuoti nella storia del dritto romano.

(3) Caio, IV. II.

(4) Uno degli scritti di Cicerone, che vi accenna, è della sua gioventù, e perciò bastante esso solo a confutare l' opinione di Zimmern.

più moderni scrittori usano indicarlo, era già ucciso l'anno 44 (794). Gli successe Tiberio Claudio Cesare, ucciso l'anno 54 (807). Anche il suo figlio adottivo e successore Nerone Claudio Cesare morì di morte violenta 68 (821).

Con Nerone si estinse la famiglia di Cesare, e non avendo questi nominato alcun successore, Servio Sulpicio Galba usurpò il dominio; ma bentosto ne fu espulso al principio dell' anno 69 ed ucciso da M. Ottone, che soggiacque dopo pochi mesi a Vitellio, che fu morto alla fine dello stesso anno. Un reggimento più stabile fu quello del suo vincitore T. Vespasiano, che morì l' anno 79 (832), il cui figlio Tito governò per poco tempo, succedendogli il secondo figlio di Vespasiano T. Flavio Domiziano ucciso l'anno 96 (849). M. C. Nerva morì nel 98, dopo avere adottato ed indicato per suo successore M. Traiano, il quale governò fino al 117 (870). Alla sua morte fu eletto P. Adriano, che morendo nel 138 (891) lasciò l'impero a T. Aurelio Antonino Pio, il quale dominò fino all' anno 161 (914), nel quale morì. I giureconsulti romani lo denominarono *Divus Pius*, ed anche Tito Antonino; queste denominazioni si riferiscono indubitatamente a lui; quelle di *Antoninus* e *divus Antoninus* sono comunemente usate dai giureconsulti posteriori a Pio (1). Dopo lui governò l'adottato Marco Aurelio Antonino il filosofo, che i Romani usano indicare col nome *Marcus*, congiuntamente a L. Vero fino al 169 (922): sono denominati dai giureconsulti romani *Divi fratres*, o *Marcus, et Verus*, anche *Antoninus et Verus*, e poi solo fino al 176 (929), e da quel tempo col suo figlio L. Commodo Antonino fino al 180 (633): sono citati col nome, *Marcus et Commodus Antoninus et Commodus*. Alla morte di Marco Aurelio Commodo governò solo fino al 192 (945). Ebbe a suo successore P. Pertinace, che dopo pochi mesi fu ucciso (193), essendo stato sostituito da M. D. Severo Giuliano, che perì nel medesimo anno. Più lungo e prudente fu il reggimento di Settimio Severo, sulle prime solo, dall' anno 198 (951) col suo figlio e successore M. Aurelio Antonino Bossiano *Magnus Caracalla* fino al 211 (964). Egli è denominato solo *Severus*, col suo figlio *Severus et Antoninus*. Caracalla governò fino all'anno 217 (970). Egli è detto dai giureconsulti romani *Antoninus* o *Antoninus Magnus*: il nome *Divus Antoninus* usato dai posteriori è riferibile a lui. Il suo uccisore M. O. Macrino cadde dopo aver governato un solo anno (218) nella battaglia contro il suo successore M. Aurelio Antonino Eliogabalo, che i Romani denominano *Antoninus*. A questo succedette nel 222 (975) M. Aurelio Severo Alesandro (nelle fonti del dritto non detto mai isolatamente *Severus*, ordinariamente solo *Alexander*) ucciso l' anno 235 (988).

Nei seguenti cinquant' anni succedonsi molti imperadori, in parte contemporaneamente, dei quali i più non poterono sostenersi che per breve tempo: C. Giulio Massimino Trace ucciso l' anno 238 (991), poichè i suoi rivali, i Gordiani, padre e figlio, avevano avuto il medesimo destino: dopo lui comparvero Pupieno, Balbino e Gordiano nipote: i due primi perirono bentosto nel 238, il terzo fanciullo di 13 anni governò fino al 244 (997). Gli successero M. Giulio Filippo Arabo (ch' ebbe per socio per qualche tempo suo figlio, fanciullo che perì prima d'aver compiuto l'anno duodecimo) fino all' anno 249 (1002), Traiano Decio fino al 251, C. B. Treboniano Gallo col suo figlio Volusiano 254; in opposizione con essi Perpenna, e Giulio Emiliano, che fu morto nel medesimo anno, P. Licinio Valeriano con suo figlio Gallieno fino al 260, soltanto l' ultimo sino al 268, contemporaneamente a molti pretendenti nelle diverse province del regno: quindi M. Aurelio Claudio fino al 270, L. Domizio Aureliamo sino 275, M. Claudio Tacito 276, M. Annio Floriano, che cedette dopo due mesi uccidendosi a M. Aurelio Probo, che dopo aver trionfato di molti rivali perì nel 282, M. Aurelio Caro che morì nel 283, dei suoi figli Carino e Numeriano il primo perì nell'anno 285, il secondo nel 284. Nell' anno 284 elevossi al dominio Aurelio Valerio Diocleziano, ch' egli dal 286 tenne con Massimiano Erculeo.

Per tutti questi governanti a cominciare da Augusto, i quali portano il titolo di *Principes*, *Imperatores*, *Augusti*, *Caesares*, i più moderni scrittori usano la denominazione Imperadori, e considerano come monarchica la costituzione fin da quel tempo. Un tal modo di esprimersi è il più idoneo a dare un' idea falsa di quella costituzione e della condizione di quei governanti. Avanti tutto è inconseguente escludere Giulio Cesare da un tale numero, nel quale gli stessi romani lo comprendono. Si è riso dei nostri

(1) Kämmerer, *Sugl' imperatori romani, che portano il nome di Antonino. Elementi per la storia e la teoria del dritto romano.* Trat. I. 1817.

antichi cronisti, che lo citano per il primo imperadore; ma essi avevano la medesima ragione di usare una tale denominazione per lui, che per Augusto: senonchè i più moderni scrittori aggiunsero a questo primo errore di denominare Augusto Imperadore il secondo errore di escludere Cesare dalla medesima denominazione. Una tale indicazione non può essere giustificata col titolo di Cesare, giacchè sebbene avesse dato egli il nome al titolo d'imperadore, si associa nondimeno a quest'ultimo una idea, ch'è necessario allontanare al tutto nella considerazione dei Cesari nei due primi secoli del nostro calcolo.

La costituzione non era monarchica, per quanto esteso fosse il potere dei governanti. Un reggimento molto limitato può essere monarchico, ma non perchè sia per quanto possa essere illimitato cambia una forma politica in monarchia. La costituzione rimase repubblicana sotto Augusto ed anche dopo, senonchè era soggetta al dominio a vita d'un solo, che per condizioni favorevoli aveva acquistati poteri straordinari. Nella forma repubblicana era penetrato un elemento, ch'era contrario alla sua intima essenza, ed aveva in tal modo diviso lo stato in due metà, delle quali la più recente fin dalle prime limitò la più antica nella sua realtà, e successivamente la rese inattiva, finchè infine la distrusse. Ma finchè non fu compiuto quest'ultimo destino, non potrebbesi dubitare della esistenza sempre più declinante della repubblica.

§. LXXXVII.

Secondo la costituzione il popolo romano aveva il supremo potere; e sotto Augusto ed anche posteriormente esercitavalo come prima nei comizi centuriati e tributi in occasione della scelta dei magistrati e della legislazione. Lo stesso Augusto votava nella sua tribù come qualunque altro cittadino. Una tale sovranità non venne mai annullata espressamente; durò teoreticamente per tutto questo periodo, facendosi derivare da essa anche il potere del principe: ma la sua realtà mancò successivamente. Il posto, al quale elevossi il principe, escluse a mano a mano l'esercizio del potere del popolo (1). L'interesse per gli affari pubblici era menomato fin dalla fine del precedente periodo; era al tutto mancato nel presente. Cessò l'importanza politica del dritto di cittadinanza romana: il dritto del suffragio ben tosto non fu più esercitato essendo mancati i comizi; il *ius honorum* era da una parte una realtà per i più infimi cittadini, dall'altra perdette ogni pregio non tenendosi conto delle elezioni popolari, e per la dipendenza della nomina dall'arbitrio del principe. Non bastava essere cittadino romano per venire nominato alle alte dignità: altre condizioni di fatto erano necessarie, e particolarmente il favore del governante, che poteva pure dare la capacità a chi ne era incapace. Conservò la sua importanza il solo lato privato della *civitas*, per il quale avevasi la capacità al *ius civile*. Certo una parte del popolo esercitava molto potere sui pubblici negozi, e questo crebbe sempre più; ma un tale potere era tanto poco regolare ed ordinato, per quanto poco formava l'esercito un membro organico di tutto il corpo dello stato; e perchè non consisteva de' soli cittadini romani, non potevasi vietare a coloro che non lo erano di partecipare a questo potere. Con questa potenza dell'esercito cominciò il predominio nello stato d'un elemento straniero, giacchè essendo presi gl'Italiani da un'avversione sempre più crescente verso il servizio militare quello era composto quasi interamente di forestieri.

Questo andamento delle cose venne favorito dalla condizione, che il senato fin dalla fine della repubblica sforzossi prendere, e ch'esso ottenne a spese della sua libertà e dignità, la condizione cioè d'un corpo politico speciale in opposizione di tutto il popolo. Era pure interesse del principe, che il senato concentrasse in se i dritti del popolo. Sotto Tiberio fu dato al primo il dritto della elezione dei magistrati, il quale apparteneva al secondo (2), prima in singoli casi, e poi in tutti, sebbene si convocassero al-

(1) Tacito, *Ann.* 1. 2: — *Caesar — ubi militem donis, populum annona, cunctos dulcedine otii pellexit, insurgere paulatim, munia senatus magistratum legum in se trahere, nullo adversante cum ferocissimi per acies aut proscriptione cecidissent, ceteri nobilium — novis ex rebus aucti tuta et praesentia quam vetera et periculosa mallent: neque provinciae illum rerum statum abnuebant suspecto senatus populique ob certamina potentium et avaritiam magistratum, invalido legum auxilio*— 4. *igitur verso civitatis statu nihil usquam prisci et integri moris: omnes exuta aequalitate iussa principis spectare.*

(2) Tacito, *Annal.* I. 15: *tum primum e campo comitia* (elezioni dei comizi) *ad patres translata sunt* Vell. II. 126.

cune volte le adunanze popolari, per dare ad una elezione maggiore solennità (1). Credettesi nei tempi posteriori bastante per salvare l'apparenza dell'antico dritto denominare *comitia* (*centuriata* o *tributa*) le assemblee del senato (2): l'elezione però fatta dal senato e dal popolo era limitata dal dritto del principe di proporre dei candidati, fra i quali bisognava scegliere, dritto che fu introdotto ed esteso sotto il pretesto d'impedire gli abusi nella nomina dei magistrati. Anche l'elezione del principe apparteneva al senato, ma era limitata in questo caso altresì dalla designazione, che questi faceva del suo successore, la quale ordinariamente avveniva nella forma dell'adozione, e dando all'adottato il titolo di Cesare anche in vita dell'adottante. Sovente una tale designazione era afforzata dalla cessione di alcuni dritti del reggimento, che mettevano il successore nel grado di sostenersi, o pure avveniva nominandolo socio. Ed il senato che sarebbe stato libero sotto un tale rispetto, fu obbligato di seguire la volontà dell'esercito, che posteriormente usurpossene quasi in tutti i casi l'elezione. Sarà trattato appresso della legislazione del senato. Anche la sua giurisdizione (egli giudicava dei delitti dei senatori) fu circonscritta dal potere dei principi (3). Come nei tempi antichi il console alla fine del suo ufficio doveva renderne conto davanti al senato, così pure gli atti del principe gli erano presentati dopo la sua morte, potendoli annullare condannando la sua memoria o decretargli onori divini, denominarlo *divus*. Ma anche sotto un tale rispetto era dipendente dalla volontà del presente dominatore (4). Il consiglio e la partecipazione del senato ai pubblici affari dipendeva interamente dall'arbitrio del principe. Così dunque esso aveva perduto di libera indipendenza quello che aveva acquistato in estensione della sua attività. Era caduto tanto basso, che sotto Eliogabalo l'ava e la madre del principe, nelle cui mani era realmente il reggimento davansi a conoscere pubblicamente come governanti, presentavansi davanti all'assemblea del senato, facevano delle proposte, ed imponevano dei senatoconsulti, senzachè ad un solo di questi ragguardevoli personaggi venisse in pensiero di protestare contro una tale indecenza. A tanto era umiliato quel senato, di cui nei tempi della sua prosperità l'inviato di Pirro aveva detto al suo signore, ch'eragli sembrato di entrare in un'adunanza di re. Anche in esso insinuossi l'elemento straniero: fin dal tempo di Claudio molti provinciali furono eletti a senatori.

Non può meglio indicarsi la condizione del principe che colla espressione, ch'egli era il supremo magistrato. Può trovarsi una imagine del suo potere nella dittatura, quale occorre nei più antichi tempi della repubblica: ed un tale confronto era pur troppo familiare agli stessi Romani (5): anche Giulio Cesare aveva ricevuto in questa forma il suo supremo potere. Augusto però rigettò un tal titolo, come di trista memoria, ed a simiglianza di molti altri, che avrebbero espresso l'elemento straordinario e dispotico del suo dominio. Era necessario rispettare l'apparenza della republica: il principato consisteva di poteri puramente repubblicani. Niuno di questi appariva come nuovo e strano: il sole loro concorso in una persona unica, ed ancora più la loro durata a vita davano a questi poteri una sì grande intensità ed importanza, che per essi la republica non era che una pallida ombra. Augusto associò in prima il suo potere col consolato, al quale fecesi nominare per nove anni senza interruzione: vi aggiunse il proconsolato a vita, col quale ebbe l'impero di tutte le province, e fecesi nominare *imperator perpetuus*. A questo supremo *imperium*, che davagli il comando di tutto l'esercito, il governo assoluto dello stato, ed una illimitata giurisdizione non solamente sui soldati, ma sui cittadini, essendo egli *imperator* anche nella città, associò la *potestas tribunicia* indipendente dalla investitura reale del tribunato, e che facevagli abilità di operare illimitatamente su tutte le parti del reggimento (6). Vi si aggiunse la dignità censoria, egualmente indipendente dalla investitura della censura, e quella di pontefice massimo, prendendo in tal modo a regolare le cose della religione.

Questi poteri furono dati ai primi imperadori successivamente e con leggi diverse, ai posteriori in un medesimo tempo con

(1) Svetonio, *Calig*: 16: *tentavit et comitiorum more revocato suffragia populo tradere.*
(2) Dione Cassio, LVIII. 20.
(3) Dione Classio, LVII. 20. Tacito, *Annal.* III. 10. *L.* I. §. 2. *D. a quib. appell. non lic.* (49. 2.)
(4) Svetonio, *Claud.* 45. *Galba*, 23.
(5) *L. un. pr. D de off. pr. pr.* (I. 11.)
(6) Tacito, *Annal.* III. 66: *id summi fastigii vocabulum* (*potestatis tribuniciae*) *Augustus repperit, ne regis aut dictatoris nomen assumeret ac tamen appellatione aliqua cetera imperia praemineret.* Dione Cassio LIII 16 — 19: 32.

una *lex imperii*, o *lex de imperio* (1), la quale oltreaciò riconobbe ai loro ordini forza legislativa (2), e li esentò da qualunque legge limitativa sia come private persone, o come magistrati (3). La proposta di questa legge cominciò del senato; sicchè il senatoconsulto prese la forma d'una determinazione popolare (4). Nel secolo decimoquarto fu scoverto in Roma, dove ancora trovasi, un importante frammento della *lex de imperio Vespasiani*. Con essa fu riconosciuto a Vespasiano il dritto di conchiudere trattati di alleanza, sollecitare i senatoconsulti, proporre al senato ed al popolo delle persone per i supremi magistrati, estendere il *pomoerium*, pubblicare ordini con forza legislativa, facendo tutto questo in quel modo che lo era stato da Augusto, Tiberio e Claudio, e non dovendo essere soggetto a quelle leggi e plebisciti, dai quali quelli furono dichiarati esenti: aggiungendosi inoltre, che tutto quanto egli trovavasi avere precedentemente ordinato (*ante legem rogatam*) dovesse essere valido al pari che se fosse avvenuto per comandamento del popolo: che infine quello che alcuno farebbe o intralascerebbe in forza di questa legge sia pure violando le altre leggi, non potesse in alcun modo tornare a suo disvantaggio.

In alcuni luoghi del dritto giustinianeo la *lex de imperio principis* è brevemente denominata *lex regia* (5). È solo inconcepibile, che la legge avesse portato un tal nome anche sotto i primi imperadori; come in realtà non ne occorre in quel tempo alcuna notizia. Per contrario non vi ha nulla di strano, che posteriormente (forse già nel terzo secolo) quando non eravi più alcun motivo di evitare il confronto degl'imperadori coi re, quella denominazione era almeno volgare se non ufficiale. Se molti dotti posero in dubbio l'esistenza d'una *lex de imperio*, e con ciò la cosa istessa, fu la loro una critica molto debole, ch'ebbe fra le altre la conseguenza, che senza alcun motivo dubitossi della verità di quella tavola (6).

§. LXXXVIII.

L'idea fondamentale del reggimento politico si era: lo stato è diviso fra il principe da una parte, ed il popolo ed il senato dall'altra: ma la persona del principe forma pure il legame fra le due parti, essendo questi nel medesimo tempo il supremo magistrato del popolo, il capo di tutto lo stato, ed anche di quella parte, la cui amministrazione era rimasta republicana. Il senato non aveva alcun potere sul principe, come questi su quello. La differenza si era, che l'attività del principe relativamente alla parte del popolo era vincolata fra le forme esterne republicane, ma nella sua era dipendente dal semplice e proprio arbitrio. Finchè una tale distinzione venne osservata almeno apparentemente, rimase sempre una certa esistenza alla republica: ma molti imperadori non vi abbadarono, e perciò ne mancò anche l'apparenza.

Questa distinzione è pure manifesta nelle rendite dello stato. La precedente cassa pubblica, *aerarium populi* (o *Saturni*), rimase dopo come prima sotto la vigilanza e la disposizione del senato, ma non perciò indipendente dal principe (7): sta di rincontro a questa il *fiscus Caesaris*, ossia i beni proprii del principe, che stante la condizione di questo prendevano essi pure la qualità di cosa pubblica, ed alla quale accumulavasi una parte importante delle rendite dello stato, ordinarie e straordinarie (8). Contavano fra le rendite ordinarie principalmente le imposte territoriali, che per alcune province erano versate nell'erario, per altre nel fisco. Fin dal cominciamento di questo periodo consistevano in una somma fissa o in una parte del prodotto, ch'era pagata o in natura o in denaro. Sembra che Augusto avesse abolita questa ultima nelle sue province e cambiatala in un *tributum agri*: posteriormente fu attuato il medesimo anche nelle province del popolo, sicchè sotto Marco Aurelio

(1) Dione Cassio, LIII. 18.
(2) Caio, I. 5.
(3) Dione Cassio, LIII. 19. 28. Alessandro, *L.* 3. *C. de test.* (6. 23) Ulpiano, *L.* 31 *D. de Legib.* (1. 3.). Caligola fecesi dichiarare con un senatoconsulto non soggetto alle disposizioni della legge giulia e papia: Dione Cassio LIX. 15.
(4) Tacito, *Hist.* I. 47: *accurrunt patres, decernitur Othoni tribunicia potestas et nomen Augusti, et omnes principum honores.* IV. 3. *Romae senatus cuncta principibus solita Vespasiano decernit.* — IV. 6. *eo senatus die, quo de imperio Vespasiani censebant.*
(5) §. 6. I. *De iure nat.* (1. 2.) *L.* I. §. 7. *C. de vet. iure enucl.* (1. 17.) L. I. *pr. D. de const. princ.* (1. 4).
(6) « Soltanto chi è indotto di queste cose può dubitare della sua verità ». Niebuhr, *Storia romana*, I. 356.
(7) Dione Cassio, LIII: 16. 22.
(8) Tacito, *Annal.* II. 47. Dione Cassio, LXIX. 8.

era divenuta generale l'imposta fissa, che nelle province del popolo addimandavasi *stipendium*, in quelle del principe *tributum* (1). A ciò devesi aggiungere anche il testatico, *tributum capitis* probabilmente per le persone della classe inferiore, che non pagavano alcuna imposta (2). Oltre queste rendite ordinarie, alle quali sono da aggiungere le indirette, i dazi le imposte di consumo ecc. ne erano versate nella cassa dello stato le straordinarie, che cedevano in parte all'erario, in parte al fisco. Non minore fonte era la confisca dei beni per condanne, detta *publicatio*, quando tornava a favore dell'erario, quando per il fisco *confiscatio*. Augusto, che avrebbe dovuto pagare dal suo fisco le spese per il mantenimento dell'esercito, che aveva esclusivamente per se, formò a tal fine una cassa speciale militare, *aerarium militare*, ch' egli dotò di molte rendite. Sotto gl'imperadori posteriori crebbero sempre più le rendite del fisco, e molte di quelle che appartenevano prima all'erario, furono versate in esso. Infine anche l'erario divenne soggetto alla immediata disposizione del principe, e con ciò fu preparato il suo totale annullamento. L'*arca publica*, della quale nella seconda metà del terzo secolo un principe dice, ch'essa sia sotto la direzione del senato (3), è un avanzo dell'*aerarium populi romani*, ma nella realtà non era che una cassa comunale, quale l'avevano anche gli altri comuni.

Una tale distinzione si manifesta egualmente nei magistrati: distinguonsi i *magistratus populi romani* e quelli del principe. I primi sono gli antichi magistrati republicani scelti ancora dal popolo e dal senato, o almeno una tale elezione è aggiunta come una formalità alla nomina fatta dal principe. Tra questi occupano ancora il primo posto i consoli: o almeno in quanto all'onore sono essi tuttavia i supremi magistrati, sebbene fossero stati sostituiti dal principato nelle più importanti attività del loro ufficio e nell'alto reggimento dello stato. Fin dal tempo di Augusto avvenne raramente, che i consoli, che davano il principio all'anno, e dai quali questo denominavasi (coss. *ordinarii*) conservassero la loro dignità per tutto il tempo legale. Per procurare anche ad altri l'onore del consolato e la condizione di *consulares viri* (4), imponevasi loro comunemente di rinunziare dopo alcuni mesi alla loro dignità, la quale era per il rimanente tempo data ad altri dal principe (*coss. suffecti*). Posteriormente fu ben difficile che un console rimanesse per più lungo tempo che per pochi mesi: sotto Commodo avvenne una volta, che venticinque consoli si succedettero in un anno (5). Se il consolato in conseguenza del cambiamento della costituzione conservò poco più che il nome, la pretura per contrario dovette alla connessione coll'amministrazione della giustizia, se non ebbe a soffrire alcuna essenziale modificazione. Al sommo di essa stanno ancora il pretore urbano e pellegrino coi medesimi uffici come prima, senonchè per alcune particolari faccende a maggiore agevolazione erano nominati pretori speciali. Ciò avveniva nelle quistioni su' fedecommessi, per le quali non era nominato alcun giudice, ma lo stesso magistrato investigava e decideva: e fin dal tempo di Augusto vennero rimesse quando a questo quando a quel magistrato per tutto il regno: Claudio istituì a questo fine due *praetores fidecommissarii*, che furono ridotti ad uno da Tito (6). Nerva istituì un pretore per i processi fra il fisco ed i privati, Marco per i giudizi sull'amministrazione della tutela (7). Oltre questi eravi per le *quaestiones* un numero di pretori eguale all'anteriore, che anzi venne accresciuto: il numero ordinario era di sedici (8). Continuossi a scegliere anche i censori, ma gli ultimi furono dell'anno 732, Planco e Lepido oltre il principe (9): dopo questi occorre novellamente la loro scelta non prima di Claudio (10), ed anche posteriormente di tempo in tempo fuori dell'ordine antico, in modo che il principe era uno dei censori: ma negli anni successivi mancarono interamente, ed il principe ne prendeva il titolo per il solo momento, in cui dava opera al censo (11). Per i tribuni del popolo, sebbene fosse passato per essi il tempo d'una indipendente attività, pure contribuì non

(1) Da ciò *praedia tributaria, stipendiaria.* Caio, II. 21. *Fragm. Vat.* 61.

(2) Savigny, *Sulle imposte romane, nei ragionamenti storici di diritto*: trad. Ital.

(3) Svetorio, *Ottav.* 49. Dione Cassio, LV. 24. 25. LVI. 28.

(4) Una tale concessione fu fatta alle volte anche a delle persone, che non avevano occupato alcun ufficio.

(5) Dione Cassio, XLIII. 46. LXXII. 12.

(6) Svetonio. *Claud.* 23. Pomp. *L.* 2. §. 32. *D. de orig. iur.* (1. 2.).

(7) Capitol. *Marc.* 10. Ulpiano scrisse un *liber singularis de officio praetoris; L.*3. 5. 9. *D. de escus.* (27. 1.) *L.* 6. §. 13. *ec.*

(8) Dione Cassio, LVIII. 30.

(9) *Idem*, LIV. 2.

(10) Svetonio, *Claud.* 16.

(11) Dione Cassio, LIII. 18.

poco a dare loro un aumento di autorità il fatto, che lo stesso principe fu investito della *tribunicia potestas*, che anzi egli considerava questa come il fondamento d'ogni suo potere. Una tale loro alta condizione si manifesta da ciò, ch'essi erano scelti fra il senato, e raramente fra la classe dei cavalieri. In opposizione col senato, coi magistrati republicani e colle persone private, essi quando potevano contare sull'appoggio del principe, esercitavano un potere, che andava al di là di tutti i limiti tracciati dall' antica costituzione. Oltre l' intercessione contro i decreti del senato e dei magistrati, essi avevano usurpato un *imperium*, esercitando la *vocatio* (1), ed estendendo il loro *ius prendendi* alla giurisdizione criminale (2). Anche gli edili usurparono i dritti dei magistrati superiori, come può dedursi dalle limitazioni, alle quali fu necessario ricorrere in simigliante modo che per i tribuni, per la conservazione dell'antica costituzinne (3). Fin dal tempo di Augusto fu tolta ai questori della città l' amministrazione dell' erario, essendo stati sostituiti in questo ufficio speciali *praefecti aerarii*, ch' erano scelti fra i pretori presenti o passati. Ad un tale stato di cose fuvvi una breve interruzione sotto Claudio, che propose novellamente i questori all'erario (4). Un tale provvedimento fu occasionato primitivamente dalla considerazione, che sembrava pericoloso commettere un sì importante negozio ai giovani inesperti nella magistratura, quali erano i questori. Augusto ordinò che i prefetti fossero scelti fra il senato, e poi a sorte fra i pretori. Posteriormente i principi ritennero per se la elezione, e ciò contribuì a rendere l'erario al tutto dipendente da essi. Astrattamente dai questori provinciali, la questura fu considerata in questo periodo piuttosto come una porta per introdursi negli altri ufficii e nel senato, anzichè avessero avuta alcuna importanza le funzioni, che vi si connettevano. Una tale aspettativa era contenuta nella concessione della questura dai principi: questi questori erano denominati *candidati principis*, o *quaestores candidati*, anche *quaestores principis*: essi servivano del resto durante la questura al principe, per leggere i suoi ordini nel senato (5).

Ai magistrati del popolo stanno in opposizione quelli, ch' erano proposti dal principe a questa o a quella parte dell'amministrazione, ed il cui titolo ordinario era *praefectus*. Scelti direttamente dal principe, erano i suoi delegati, ed il loro potere dipendeva estensivamente ed intensivamente dall' ufficio, che commetteva loro. La durata era egualmente arbitraria. In tutto ciò non vi esistevano regole legislative, come per i magistrati republicani, sebbene si formasse una certa tradizione. I più importanti di questi prefetti erano il *praefectus urbi*, che Augusto il primo istituì straordinariamente per esserne rappresentato in Roma durante la sua assenza (ch'egli dipoi, e dopo lui i seguenti principi considerarono come un ufficiale permanente) per la polizia la giurisdizione criminale e l' alta giurisdizione civile in nome del principe (6), ed i *praefecti praetorio*, che sulle prime furono i capi dei pretoriani, guardia del corpo del principe, colla cui forza crebbe l' importanza dei primi. Sotto principi diffidenti o realmente minacciati questi prefetti parvero essere il sostegno dello stato, e quelli credettero prudente dare a questi una corrispondente parte di quell' amministrazione, la cui sicurezza e forza dipendeva da loro. In tal modo i prefetti divennero officiali dello stato, che anzi i primi ed i principali dopo il principe con un potere di non minore estensione di quello di lui, e non rare volte essi furono i veri governanti dell'impero (7). Quando importante fosse divenuto il potere dei *praefecti praetorio*, ci è pruovato da una proposizione di Papiniano, il quale condannato a morte da Caracalla, potette dichiarar questo uno attentato, cui nessun successore nel suo ufficio sarebbe stato tanto stolto da lasciare invendicato (8). Oltre questi vi erano il *praefectus vigilum*, capo delle milizie destinate alla guardia not-

(1) Gellio, XIII. 12.

(2) Furono tentate delle limitazioni sotto Augusto, ma queste non valsero a ristabilire l'antico dritto: Tacito, *Annal.* XIII.28.

(3) Tacito comincia a parlare di queste reazioni colle parole: *manebat nihilominus quaedam imago reipublicae.*

(4) Svetonio, *Ottav.* 36. *Claudio*, 24 Tacito, *Annal.* XIII. 28.

(5) Ulpiano. *L. un* §. 2-4. *D. de* off. *quaest.* (1-13) Lamprid. Alex. 43. *quaestores candidatos ex sua pecunia iussit munera populo dare, sed ita ut post quaesturam praeturas acciperent, et inde provincias regerent.* Occorrono anche i *quaestores candidati* in Orell. *Inscr.* 133. La vanità di quei tempi trovò onorevole la parola accessoria, che accennava ad una irregolare concessione della dignità.

(6) Dig. I. 42. *de offic. praef. urbi.* Tacito, *Ann.* VIII.

(7) Dig. I. 11. *de officio praefecti praetorio.* Tacito *Ann.* IV. 1. 2.

(8) Spartian. *Carac.* 8.

turna della città, con giurisdizione criminale contro gl'incendiari, i ladri ed i loro complici (1), ed il *praefectus annonae*, che curava l'importazione del frumento in Roma. I *praefecti aerarii* sono stati già mentovati, ad essi furono aggiunti i prefetti per l'*aerarium militare*.

Oltre i magistrati republicani a cominciare dai supremi fino ai questori vi erano anche quelli, dei quali fu fatta parola trattando del precedente periodo, *vigintiviri*, a cui altri furono aggiunti: *curatores aquarum, cloacarum, alvei Tiberis, operum publicorum, frumenti populo dividundi* ecc. Questi erano in paragone dei primi altrettanti uffici minori, ma che nondimeno erano da tanto da appagare l'ambizione di quei cittadini, che si accontentavano d'una attività più limitata della vita, e mediante i quali uffici il principe teneva occupato un numero di persone, cui l'ozio sarebbe stato d'incitamento ad intraprese pericolose. Un simigliante pensiero dovette essere quello di Augusto nella formazione dell'*album iudicum*. Essere scelto fra i giudici, che vi erano nominati, era secondo la legge di Cesare un privilegio esclusivo delle due classi superiori, dei *senatores et equites*: Antonio vi aggiunse una terza decuria, nella quale chiamò senza tener conto del censo giudici scelti fra la milizia a lui dedita (2): una tale novità non durò, e nondimeno Augusto trovò tre decurie, o egli stesso le istituì, formando forse due decurie dalla classe dei cavalieri: giacchè vedonsi distinti *equites romani* assolutamente, e che lo erano soltanto per censo, *et equites equo publico*, ch'erano ammessi dal principe nelle *turmae equitum*, e non più come prima prestavano il servizio di cavalieri nelle legioni, ma per la così detta concessione dell'*equus publicus* avevano la speranza di dover essere proposti alle più importanti operazioni militari e civili. Vengono inoltre indicati quelli, che non solamente possedevano il censo di cavalieri (400000 sesterzii) oltre l'origine libera in terzo grado (*ingenuus ipse pater avusque paternus*), ma anche il censo di senatori (accresciuto da Augusto da 800000 ad un millione, posteriormente a 1200000): questi erano denominati *illustres equites*, avevano la *tunica* senatoria, (*latus clavus*), e potevano essere eletti a tribuni del popolo (3). A quelle tre decurie di giudici Augusto aggiunse una quarta, detta *decuria ducenariorum*, probabilmente dal censo di almeno 200000 sesterzi che vi era necessario: egli commise loro gli atti giudiziari meno importanti. Con ciò raggiunse un doppio scopo, quello di dare a questi cittadini una condizione pubblica, e l'altro disgravare nel medesimo tempo i più ricchi dei giudizi, ch'erano loro di peso (4). Caligula fece ancora di più: egli istituì una quinta centuria; e sotto Galba anche le classi inferiori non consideravano più l'ufficio di giudice come un onore da desiderarsi, sebbene il principe non condiscese alla formazione d'una sesta (5).

Costituzione dell'Italia e delle province.

§. LXXXIX.

L'impero era diviso in tre parti, Roma, l'Italia, e le province. La prima era il centro delle altre tutte; la città rappresentava lo stato, tutti i veri cittadini erano cittadini di Roma (6); il senato romano era quello dell'impero; i magistrati romani non erano municipali ma dello stato. Delle due altre parti essenziali dell'impero la prima ebbe sempre privilegi più importanti sulla seconda: e questi possono essere distinti e compresi in tre categorie: 1) Il terreno italico aveva la capacità di essere posseduto in proprietà romana (*ex iure quiritium*), e di essere l'obbietto di tutti gli altri rapporti e fatti giuridici, che non potevano essere scompagnati da una tale condizione: il provinciale per contrario non era regolato dal vero *ius civile*. Questa differenza fra i *praedia italica* e *provincialia* è di molta importanza anche nel dritto di questo periodo. Una tale qualità del *commercium* dee però essere concepita soltanto come potenziale e non come attuale. Molte terre italiche erano sottratte al *commercium* giacchè come consacrate agli Dei sottostavano al *divinum ius*, o perchè erano beni pubblici; ma un tale ostacolo al *commercium*, non proveniva in questo caso da una qualità naturale del terreno. Per contrario, era la situazione geografica, che ne escludeva le terre provinciali, e non era questo un impedimento, la cui rimozione poteva rimetterle in commercio. Le province stavano sotto il dominio romano, ch'estendevasi come su tutto il territorio così sulle singole parti di esso: è perciò che i classici giureconsulti

(1) Dig. I. 15. *de offic. praef. vigilum*. Sveton. *Ottavio*. 30.

(2) Cicerone, *Philipp*. I. 8. V. 5. 6. VIII. 2.

(3) Tacito, *Annal*. XI. 4. Dione Cassio, LIV. 30.

(4) Svetonio, *Ottav*. 32.

(5) Svetonio, *Calig*. 26 *Galba*, 14.

(6) *Roma communis nostra patria est*. Modestino, *L*. 33. *D. ad munic*. (50. 1.).

affermavano la proprietà dello stato sulle terre provinciali (1): però non era questa la ragione perchè non ammettevasi per esse una proprietà romana, giacchè stava la medesima incapacità anche per le terre, ch'erano esenti da un tale dominio. Il citato giureconsulto romano non opina che si dovesse far derivare da questo l'inammessibilità della proprietà *ex iure quiritium* (nè anche l' obbligazione delle imposte prediali), ma ne deduce il principio, che il dritto dei particolari su queste terre non sia una vera proprietà (nè quirite nè di qualunque altra ragione) ma una semplice *possessio et usus fructus*. Inoltre era solo suo intento nel citato luogo pruovare, che il possessore non aveva la capacità di convertire il terreno in *locus religiosus* (2). Non è nostro proposito investigare se altri giureconsulti non ne trassero ulteriori e più pericolose conseguenze per i dritti privati.

2) L' Italia non era soggetta nè alle imposte nè al testatico (3). Quelle simiglianti a queste imposte erano di pertinenza comunale, ch' erano versate nelle casse delle singole città e non in quella dello stato. Anche l' Italia non era esente dalle imposte straordinarie pagate alla cassa dello stato, per esempio dalla *vicesima* sulle eredità testamentarie, dalla *vicesima* sul valore degli schiavi affrancati, dalla *vindicatio caducorum* secondo la legge giulia e papia , e molto meno dai dazi indiretti, quando non avevano una qualità comunale (4). Nello stesso modo un tale privilegio dell'Italia non era una esenzione da tutte le imposte pubbliche, e non deesi scorgervi una contradizione dove si fa parola d' una speciale immunità data ad alcune singole città, e riferibile ad una di quelle imposte, per esempio a quella dei porti (5). Non deesi noverare fra le imposte di questo periodo quella sulla proprietà secondo il censo, la quale non fu più pagata dopo la guerra macedonica, sebbene leggasi alcune volte l' obbligo del pagamento d' una parte delle proprietà , della decima sotto i triumviri (6), ed altri simili spogli passaggieri (7). Occorre per contrario una imposta , che riferiscesi alle terre , e che avevasi a pagare dalla maggior parte dell' Italia, *annona*, dalla quale erano esenti i soli luoghi circostanti di Roma : è perciò che la parte libera dell' Italia è contropposta come *Italia urbicaria* alla *Italia urbinaria* (8). Questa servì di passaggio al compiuto pareggiamento dell'Italia colle province relativamente alle imposte, il quale avvenne sotto Diocleziano (9).

3) Le città Italiche avevano fino ad un certo grado l' amministrazione indipendente , dei propri affari. È nostro proposito trattare ora e più particolarmente di questa costituzione municipale, la quale conferì moltissimo sul dritto e sull'organamento giudiziario.

Costituzione municipale.

§. XC.

Le fonti principali per la conoscenza della costituzione delle città italiche sono gli scritti dei giureconsulti romani, quali trovansi nella legislazione giustinianea (10), e quindi i frammenti di due determinazioni popolari su quest' obbietto, che sono dell' ottavo secolo della città: di questi ci occuperemo ora più particolarmente.

Nel golfo di Taranto furono trovati nel 1732 due fra loro conformi frammenti d'una tavola di bronzo (11), che da una parte avevano una iscrizione greca e dall' al-

(1) Caio, II. 7. 21.

(2) *L. 4. de sepulcro viol.* 47. 12.

(3) Savigny, *Giorn.* VI. p. 355. XI. p. 21.

(4) Appartenente allo stato era in generale la *portoria*, che fu abolita per i porti italici da una *lex* cecilia 1692 , Dione Cassio , XXXVII. 51 Cicerone, *Art.* 11. 16, e novellamente rimessa da Cesare. Svetonio, *Jul.* 43.

(5) Una tale si ebbe Brindisi da Silla: Appiano, *Bell. civ.* 1. 79. Quando Walter (*Storia del dritto romano* p. 305) si giova d' un tale brano contro l' esenzione dalle imposte dell' Italia affermata da Savigny, la sua pretesa confutazione si fonda sopra un errore, giacchè Savigny si è limitato alla sola esenzione dalla imposta fondiaria e dal testatico.

(6) Dione Cassio, XLVII. 16: anche Appiano, *Bell. Civ.* IV. 32.

(7) A torto Walter li considera come un ristabilimento dell' antica imposta misurata sul censo.

(8) Savigny, *Giorn.* VI. p. 356.

(9) Leggesi la migliore trattazione di questo argomento in Savigny, *Storia del dritto rom. nel medio evo.* v. I. cap. 2. Uno scritto più antico, e profondo sulla costituzione municipale romana è quello di Roth, *De re municipali Romanorum* 1801.

(10) Dig. *L.* 1 — 12.

(11) Il primo fu trasportato in Inghilterra (1760), e di là in Napoli, dove era stato portato l'altro immediatamente dopo la sua scoverta. Il primo fu pubblicato per la prima volta da Maittaire, ed entrambi da Mazochi: *commentarium in regii herculanensis musei aeneas tabulas heracleenses* P. I. 11. Nap. 1754. 1755. fol.

tra latina, quella contiene uno *Psephisma* della città di Eraclea, nel cui territorio i frammenti furono trovati, e questa una deliberazione del popolo romano, manifestamente in una copia ch'era fatta per quella città. La parte che abbiamo di essa (163 linee) contiene sì delle ordinanze di polizia relative a Roma, come delle regole sulla costituzione, per esempio sulla capacità per il decurionato, per le magistrature, sul censo nelle città italiche, sulle innovazioni da farsi alle precedenti leggi delle città (1). Questa legge, mentre il suo vero nome rimase ignoto, fu detta *tabula heracleensis*. Ora Savigny ne ha ritrovato il nome, e sì per una tale scoverta, colla quale egli ha coronate le sue precedenti investigazioni, come ancora per le deduzioni che ne à tratte, egli à sparsa una novella luce su questa materia, come in generale sui rapporti, a cui riferiscesi, e dai quali originossi (2). Ha dimostrato, che la tavola contiene un frammento della *lex iulia municipalis* di Cesare (705), legge, la cui esistenza, epoca, ed importanza fu egli pure il primo a far conoscere. Fu la legge, la quale servì di fondamento alla costituzione municipale di questo periodo, variamente commentata dai giureconsulti romani, e che occorre anche nella costituzione giustinianea nella epigrafe del titolo delle pandette (50. 1) *ad (legem) municipalem*.

Nondimeno la tavola di Eraclea contiene disposizioni legislative su molti altri e differenti obbietti. Comincia coll'ordinamento di alcune *professiones*, che dovevano esser fatte davanti al console in Roma, e coloro che vi si addicevano dovevano essere indicati e segnati *in albo* nel foro, come per quanto riguarda la distribuzione del frumento nel luogo dove avveniva: di coloro che vi erano nominati niuno doveva parteciparne (3). Segue poi (Lin. 20) l'ordinanza, colla quale s'impone al proprietario degli edifici circostanti la conservazione delle strade e delle pietre (*semitae*) in Roma, e vien regolato l'uso di queste strade, e dei luoghi pubblici in Roma. Dalla linea 83 cominciano le disposizioni legislative sui senati e sui magistrati nei *municipia*, *coloniae*, *praefecturae*, *fora*, *conciliabula civium romanorum*.

Che i precedenti particolari fossero stati tratti egualmente da una legge di Cesare è indubitato; può solo parere problematico, se si appartenessero tutti ad una sola e medesima legge, o presi da differenti leggi del dittatore fossero stati posteriormente raccolti in questa tavola per uno scopo speciale ed ignoto. Savigny opina per una sola legge, detta *lex Satura*, avrebbe la quale compresi (per economia di tempo e di lavoro) obbietti di differente ragione, e rigetta quindi lo sforzo di ritrovare in qualunque siasi modo una connessione fra le sue svariate parti. Stante una tale presunzione il nome di *lex municipalis* si avverrebbe alla sola seconda parte della legge: la parola *municipalis* significherebbe non l'intera legge ma un frammento di essa, come la *lex iulia de functo dotali* accenna ad un solo capitolo della *lex iulia de adulteriis*. L'opinione più probabile mi sembra la seguente. Può considerarsi come indubitato, che colla tavola di Eraclea non ci è fatto conoscere tutto il contenuto della legge giulia sui municipi. Le rimanenti e molto importanti disposizioni legislative sulla costituzione municipale debbono essere o anteriori o posteriori a quelle che ci pervennero. Non può ammettersi quest'ultimo caso, stantechè l'ultimo principio della tavola è tale, che potrebbe molto convenientemente formare la conchiusione della legge. Il probabile contenuto delle mancanti regole (sull'amministrazione degli affari municipali per mezzo dei senati e dei magistrati, sui poteri di questi ultimi e sui rapporti dei cittadini) non è meno decisivo per rendere verisimile, che precedessero la parte della legge conservataci. Se ciò si ammette, sicchè le regole riguardanti la polizia della città di Roma stessero fra quelle ed i trasmessici principii del dritto municipale, addiviene necessario ammettere una intima connessione fra le ordinanze di polizia ed il dritto municipale. La seguente connessione sembra qui la più naturale. Le leggi relative alle distribuzioni del frumento riguardano anche i cittadini delle città italiche (4): come altresì le ordinanze sulle strade e sui luoghi pubblici erano applicabili ai municipii (5); senza dubbio vi si

(1) Marezoll, *Fragmentum legis romanae in aversa tabulae heracleensis parte*. Gotting. 1816. Hau.

(2) Savigny, *Tavola di Eraclea* (1838) *Giornale*, IX. 11.

(3) Svetonio racconta di Cesare; (*Jul.* 41). *ex viginti trecentisque millibus accipientium frumentum e publico ad centum quinquaginta retraxit*. Dione Cassio XLIII. 71. — *ne cui eorum quorum nomina hac lege in tabula in albo proposita erunt, frumentum dato:* il cambiamento in *proposita non erunt* è senza ragione.

(4) Appiano, *De bell. civ.* II. 120.

(5) Cesare ritenne per se non solamente

accennava nella parte precedente dove regolavansi i poteri dei magistrati municipali, ed a modo di supplemento ordinavasi l'osservanza della legge ch' esisteva su questo obbietto. In tal modo la tavola di Eraclea conterrebbe una sola legge, e questa era in tutto il suo contenuto una *lex municipalis*, sebbene alcuni particolari di essa non si riferissero esclusivamente ai municipi, e nè anche fossero stati fatti sulle prime particolarmente per essi.

Quando nell' anno 711 la Gallia cisalpina cessò di essere provincia, e fu incorporata nell' Italia, le sue città ricevettero conseguentemente la costituzione delle italiche, ed in ispecie una giurisdizione propria comunale invece di quella del proconsole, sebbene la giurisdizione dei magistrati municipali non fosse illimitata. Esse l'ottennero senza dubbio nelle procedure ordinarie, nelle quali l' attività del magistrato consisteva principalmente nella nomina del giudice, e nelle istruzioni dategli per mezzo d'una *formula* (era questa la vera *iurisdictio*) sebbene anche qui la loro giurisdizione era limitata ad una determinata somma, 15000 sesterzi, al di là della quale le quistioni giudiziarie erano portate davanti al pretore. La procedura straordinaria, che i giureconsulti romani fanno derivare non dalla *iurisdictio*, ma dall' *imperium* non era concessa ai magistrati municipali; in questi casi dovevasi sempre e qualunque fosse il valore dell'obbietto in quistione reclamare davanti al pretore romano. Soltanto in alcune quistioni speciali e nelle decisioni di esse sembrò conveniente e non pericoloso abilitare a modo di eccezione i magistrati municipali a queste procedure straordinarie, nelle quali il magistrato operava da se. Una tale loro posizione eccezionale rendeva necessario un rigoroso ordine di procedura, nel quale fossero delineati i limiti della loro giurisdizione nelle differenti specie di negozi, determinata la loro opera nella decisione di questi casi, il modo e le forme della loro attività in simili occasioni.

Questo fu ordinato con una determinazione popolare che senza dubbio dovè essere contemporanea all' annullamento della costituzione provinciale, ed il cui contenuto, per quanto ce ne fu conservato, riguarda le summentovate materie (1).

Di questa legge fu trovata nel 1760 nelle ruine di Veleia una tavola, che trovasi nel museo di Parma. Vi si legge sulla parte superiore il numero IIII, sicchè la legge, che non è tutta compresa in questa tavola, deve avere occupate almeno cinque tavole. La legge è divisa in capitoli, dei quali in questa tavola leggesi la fine del 19 ed in cui è detto che dovesse rispettarsi la continuazione d'un edificio legalmente permessa dal magistrato municipale contro l'intentata *operis novi nuntiatio*: nel 20 è rimesso all' arbitrio dei magistrati municipali il decreto, con cui è ordinato la *cautio damni infecti*, e vi è determinata la procedura da seguirsi: il 21 contiene il limitato permesso della esecuzione contro uno, che convenuto per *pecunia certa credita*, non maggiore però di 15000 sesterzi, riconosce, o nega l' azione: nel 22 è negato il potere della esecuzione in tutte le altre quistioni giudiziarie, che sieno della competenza dei magistrati municipali: nel principio del 23 trattasi della procedura nelle divisioni ereditarie (2).

Questa legge fu denominata quando *lex Galliae cisalpinae*, quando *de Gallia cisalpina*: il vero nome di essa è *lex rubria*.

§. XCI.

In tutte le città italiane eravi un senato, come in Roma, detto in esse *ordo decurionum* (posteriormente *curia*, ed i suoi membri *curiales*): in opposizione di questi i rimanenti cittadini addimandavansi *plebei*: la denominazione *municipes* comprendeva tutti i cittadini, ma nei tempi posteriori fu usata particolarmente per i decurioni, come rappresentanti del comune. L' elezione in questo senato era fatta dai supremi magistrati della città: la legge giulia n' escluse gl' infami: era altresì necessario un censo di 100000 sesterzi (3). Posteriormente l'*ordo* provvedette da se stesso ai posti vuo-

gli edifici pubblici di Roma, ma anche quelli delle città italiane e delle principali delle province: Svetonio, *Jul.* 28.

(1) Puchta, *Opere minori di dritto civile* 1851. p. 518. L'annullamento della costituzione provinciale e l'ordine della procedura avvenne indubitatamente con due leggi diverse, quello con una *lex centuriata*, questo con un plebiscito.

(2) La tavola fu pubblicata la prima volta nel 1780 (Carli, *Antichità italiche*); posteriormente nel 1820 da Pietro di Lama ristampata nel *Magazzino civile* di Hugo, II. 20 (2797). Alcuni essenziali miglioramenti furono apportati al testo da Huschke, *De actionum formulis quae in L. rubria exstunt*: 1832.

(3) Plinio, *Epist.* I. 19.

ti (1), quando vi esistevano figli del defunto decurione, i quali ereditavano la condizione del padre: senzachè fosse necessaria una determinata proprietà (2). I pesi, che si annettevano al decurionato furono causa, che fin dalla metà di questo periodo non fosse più considerato come un obbietto di desiderio. I decurioni erano scritti in un *album decurionum*, nel quale prendevasi registro sì dei meriti personali, come del tempo dell' ammissione. Secondo un tale registro regolavasi la votazione, e quello che è più importante, l' obbligo di esercitare le magistrature (3). Per prendere una deliberazione, *decretum ordinis*, era necessaria la presenza di almeno due terze parti dei decurioni (4).

Fra gli uffici municipali distinguonsi *munera et honores* (5). *Munera publica* erano in generale le prestazioni, delle quali veniva aggravato alcuno a vantaggio della propria comunità (6). Consistono o in servizi personali, *munera personalia*, o nel pagamento d'una somma, *munera patrimoniorum* (imposti alcune volte ai cittadini ed abitanti, altre volte ai possessori di terreni, sia che fossero o pur nò *cives* o *incolae*), o in entrambi, *munera mixta*; fra questi ultimi deesi noverare l' ufficio di esattore delle imposte, dovendo questi supplire alla mancanza di coloro che obbligati alle imposte ne erano incapaci. *Munera* denominavansi propriamente le prestazioni pubbliche solo quando non si annettevano ad alcuna dignità, e distinguevansi perciò dagli *honores* (7). Tra gli *honores* era avanti tutto il decurionato: questo era nello stesso tempo la condizione di tutti gli altri, e particolarmente delle magistrature, che secondo la costituzione delle città italiche erano proprie dei comuni. I giureconsulti della fine di questo periodo ci descrivono anche queste dignità piuttosto come un peso, di cui era naturale attendersi il rifiuto, che come un privilegio, dal quale fosse necessario rimuovere il concorso degl' indegni, o quando quest' ultimo è detto scorgesi chiaramente, che questo fatto aveva già cessato di essere predominante nella opinione pubblica. Fu necessario ordinare, che ogni decurione dovesse esercitare le magistrature secondo l'ordine della sua ammissione nel decurionato (8), e fu mestieri ripetere l' ordinamento, che ne dovessero essere esclusi i plebei (9). L' elezione (*creatio*), che spettava ai decurioni era (stante una tale condizione di cose) poco più che una semplice formalità, quando non serviva di mezzo per sottrarre se e gli amici da un tal peso (e da ciò furono occasionate le riportate ordinanze): più importante era la presentazione (*nominatio*), alla quale era obbligato il magistrato, che ritiravasi, e che importava la garanzia della persona presentata (10). Spiegasi una tale ripugnanza per il decurionato e gli altri uffici municipali non solamente colle spese, che vi si annettevano (per esempio anche in occasione dei giuochi, come per i pretori e gli edili romani); giacchè per queste eravi sempre un mezzo di compenso, essendo dei pesi, che non sempre gravitano realmente sopra coloro, che sembrano portarli: ma ne era principale ragione senza dubbio l' apatia politica, ch' era predominante in quel tempo. Se la migliore costituzione politica è sempre imperfetta senza una bene ordinata e viva istituzione municipale, quel tempo dall'altra parte ci porge la pruova, che anche un ordinamento comunale abbastanza perfetto, qual'era quello della *lex iulia*, perdette ogni forza vitale sotto una cattiva costituzione dello stato.

Tra i magistrati municipali avevano il primato i *censores*, o *curatores*, o *quinquen-*

(1) Papiniano, *L.* 6. §. 5. *D. de decur.* (50. 2.)

(2) Questo deducesi da un rescritto di Marco e Vero, in cui è ordinato, che nella elezione dei magistrati si dovessero risparmiare i decurioni poveri. *L.* 6. *pr. D. de. muner.* (50. 4.)

(3) Dig. *L.* 3. *de albo scrib. L.* 6, *pr. cit.*

(4) Dig. *L.* 9: *de decretis ab ordine faciendis.* Leggonsi tali decreti in molte iscrizioni: oltracciò moltissimi pervennero fin a noi scritti sopra metallo o pietre. Haubold (*Spangenberg*) *monum. leg.* I più contengono delle dimostrazioni di onore verso i cittadini, che si resero benemeriti delle loro città.

(5) Dig. *L.* 4. *de muneribus et honoribus.*

(6) *Civilia munera* alcune volte significano la medesima cosa che i *publica*: per esempio *L.* 19. §.28. *D. de muner*: altre volte esprimono il contrario *L.* 6. §. 15. *D. de excusat.* (27. 1) ossia i *privata L.* 17. §. 4. *eod.*

(7) Callistrato, *L.* 4. *D. de muner: Honor municipalis est administratio rei publicae cum dignitatis gradu, sive cum sumptu sive sine erogatione contingens. Munus aut publicum privatum est. Publicum munus dicitur quod in admnistrandare pubblica — sine titulo dignitatis subimus.*

(8) *L.* 6. *pr. C. de munerib.*

(9) *L.* 7. §. 2. *D. de decur.* (51. 2).

(10) *L.* 11. §. 1. *L.* 15. §. 1. *D. ad munic.* (50. 1.)

nales, che tenevano quasi il medesimo posto dei censori in Roma, due a quattro (*ducemviri*, *quatuorviri quinquennales*) e che scelti in ogni periodo di cinque anni, avevano l'esercizio del loro ufficio per un solo anno. Fra i rimanenti, e di molti si fa menzione (edili, questori, *curatores* per alcune attività speciali amministrative) erano i più importanti coloro, ch'esercitavano i poteri giudiziari: erano questi i *duumviri* o *quatuorviri iuri dicundo*. Essi non erano semplici officiali di giustizia, ma avevano pure la direzione delle faccende comunali, quando non vi erano nominati magistrati speciali, e sotto un tale rispetto pareggerebbero i consoli romani; ma la giurisdizione era l'elemento principale del loro ufficio. Sono essi pure quelli, ai quali particolarmente accennasi dai giureconsulti romani colla denominazione *magistratus*, sicchè questa parola indica alcune volte in un significato particolare i magistrati municipali, altre volte quelli in ispecie, che avevano la giurisdizione. Questo magistrato di giustizia è detto *praefectus iuri dicundo* quando è nominato non dalla stessa città, ma da un supremo rappresentante dello stato. Una tale istituzione però non era più l'ordinaria in questo tempo, in cui erane stato tolto a molte città il dritto di elezione (non vi sono più prefetture nell'antico significato), ma solo quando sorgeva qualche ostacolo alla scelta dei *ducumiviri* o *qualumviri*.

§. XCII.

La giurisdizione di questi magistrati municipali era però generalmente soggetta ad una limitazione simile a quella, che la *lex rubria* appose ai magistrati della Gallia cisalpina. Essi avevano cioè la sola e semplice giurisdizione senza l'*imperium*, ossia essi erano competenti per la procedura ordinaria, che consisteva nella composizione della formola e nella indicazione d'un giudice e per tutti quelli che come cittadini o abitanti della città e per qualunque altra ragione erano soggetti alla sua giurisdizione: era loro negata però la *legis actio* (1). Nello stesso modo essi non potevano nominare i *recuperatores*. Erano incapaci di tutte le operazioni, che sono una emanazione dell'*imperium*, quindi della procedura *extra ordinem*, nella quale lo stesso magistrato investiga i fatti e decide con un decreto, purchè una legge speciale non avesse fatta eccezione alla regola per alcuni determinati casi, o simili quistioni non fossero state loro rimesse da un magistrato superiore (2). Molto meno potevano naturalmente avere la giurisdizione criminale (*imperium merum*), esercitandola soltanto contro gli schiavi, ed anche contro questi limitatamente. Ma i loro poteri erano circoscritti anche nelle procedure ordinarie civili: erano incompetenti, quante volte il valore dell'oggetto litigioso era maggiore una determinata somma (la quantità non è conosciuta), sebbene si facesse probabilmente eccezione per alcuni fatti giuridici (3).

Tutto quanto abbiam detto riguarda particolarmente la procedura nelle quistioni giudiziarie, *iurisdictio contentiosa*; ma oltre questa faceva parte dei loro poteri relativi all'amministrazione della giustizia anche il dritto d'intervenire negli affari giudiziari, *iurisdictio voluntaria*. Per questa era di molto momento il fatto, che i magistrati municipali non avevano ordinariamente la *legis actio*: e con ciò rimanevano esclusi dalla loro giurisdizione molti fatti importanti, come la manomissione, l'emancipazione, l'adozione, la *in iure cessio* (4). Eravi inoltre un'altra forma dell'intervento dei magistrati negli atti giuridici, e consisteva nel notamento che prendevasi del fatto in un protocollo (*gesta et acta*) per conservarne la memoria nei futuri casi di bisogno. Simili notizie erano dette *commentarii*, *actorum commentaria*, e vi adempivano anche i magistrati con giurisdizione (5). In questo tempo fu adoperato un tale uso per conchiudere un affare davanti al magistrato, perchè

(1) Avevano una tale giurisdizione soltanto per eccezione. Paolo. *Sent.* II. 25. 4.

(2) Ci si porge un esempio di questa ampliazione legale dei loro poteri (giacchè *iurisdictio sine modica coercitione nulla est*) nella *pignoris capio*, come pure nella *multae dictio*.

(3) Paolo, *Sent.* V. 5. L, 28. *D. ad munic.* (50. 1.)

(4) Plinio (*Epist.* VII. 16.) scrive all'avo di sua moglie dimorante nella Gallia traspadana, ch'egli richiedeva un proconsole, che viaggiava per quella provincia per la parte di Pavia, di andare da lui, perchè potesse manomettere alcuni schiavi. Inoltre che il vecchio uomo fosse stato obbligato a fare un viaggio verso Roma per trovarvi un magistrato, davanti a cui avesse potuto attuare quel proposito.

(5) Cicerone, *Verr.* I. 46. *itaque L. Piso multos codices implevit earum rerum, in quibus ita intercessit, quod iste aliter atque ut edixerat decrevisset.*

inserendolo questi fra i suoi *acta* veniva assicurato, e potevasene facilmente fare la pruova per il tempo a venire (1). Questa forma era in prima volontaria, posteriormente per mezzo di leggi particolari fu riconosciuto ad essa in molti casi un effetto speciale, (per esempio nella nomina de'procuratori, nei testamenti); infine e forse nel quarto periodo fu ordinata come condizione necessaria per la validità di alcuni atti. Un tal dritto degli *acta* avevasi anche dai magistrati municipali (2), sicchè sotto questo rispetto non erano inferiori ai magistrati supremi.

Stante le indicate limitazioni della giurisdizione, gli abitanti delle città dovevano far capo dai magistrati supremi in molte congiunture. A ciò adempivano per le città italiche i pretori romani. Nondimeno avrebbesi potuto purtuttavia conservare l'antico principio, che nessun magistrato era sottoposto all'altro: vi erano magistrati superiori ed inferiori, e sebbene questi ultimi avessero una giurisdizione più limitata dei primi, non perciò potrebbesi dire, che ne fossero dipendenti, per quanto poco lo erano fra loro i *minores et maiores magistratus* dell'antica republica. Ma questo stato di cose non durò: che anzi alla limitazione de'magistrati municipali associossi successivamente l'opinione, che la giurisdizione minore fosse sottoposta alla maggiore. Questa opinione deducesi più decisivamente da un novello ordinamento sotto Adriano, col quale fu fatto il primo passo per pareggiare l'amministrazione dell'Italia a quella delle province. Finchè il pretore romano conservò quella suprema giurisdizione, la quale era negata ai magistrati municipali, l'esercizio del potere giudiziario in Italia era ben diverso da quello delle province per quanto il pretore differenziavasi dal reggente provinciale: alla giurisdizione del primo erano soggetti tutti i cittadini romani.

Ma sotto Adriano l'Italia fu divisa in cinque distretti: ed uno di questi, in cui era Roma, rimase nella medesima relazione col pretore romano al pari di prima. A ciascuno degli altri quattro fu proposto un novello magistrato col titolo *consolaris*, al quale fu data la giurisdizione suprema, ch'era negata ai magistrati municipali del distretto: ed è altresì indubitato, che la consolare fu ordinata come seconda istanza o di appello per tutte le faccende appartenenti alle autorità municipali (3). Come la maggior parte dell'Italia (l'*Italia annonoria*) colla introduzione delle prestazioni in natura fu pareggiata sotto un tale rispetto alle province, avvenne la stessa cosa per la giurisdizione; senonchè la giurisdizione municipale non ostante tutte le limitazioni fu sempre un privilegio importante di tutta l'Italia. Del resto una grande commodità veniva agli abitanti di questa dall'ordinamento di Adriano, quella cioè, ch'essi in tutte le quistioni, nelle quali erano incompetenti i *decemviri*, avevano una più vicina autorità, giacchè i consolari erano obbligati a stanziare nel distretto della loro giurisdizione. Marco Aurelio sostituì loro colle medesime funzioni i *giuridici*.

Ci rimane a trattare del tempo, nel quale furono apposte alla giurisdizione municipali le riportate limitazioni. I giureconsulti romani della fine del secondo e del cominciamento del terzo secolo ne parlano come di cosa nota e non recentemente introdotta; come pure il citato ordinamento di Adriano suppone una limitata giurisdizione municipale. Si è opinato che questo e le limitazioni fossero state introdotte contemporaneamente, e che fino ad Adriano la giurisdizione dei magistrati municipali fosse stata illimitata (4). A mio avviso fa d' uopo riportare ad un tempo anteriore i principi della novella forma della giurisdizione municipale. Avanti tutto è una supposizione non fondata, che tutte le differenti limitazioni, che noi enumerammo, fossero d' un medesimo tempo. La più antica di esse è probabilmente la mancanza della *legis actio*; è forse più remota della *lex iulia municipalis* (709). Per quanto riguarda l'*imperium* io penso, che fosse stato conferito ai magistrati da questa legge, ossia che questa abbia statuito il loro potere in modo ch' essi pareggiassero piuttosto i *minores* anzichè i supremi magistrati romani. Ciò sembra tanto naturale, che dovrebbe piuttosto parere strano, che il loro avesse uguagliato l' *imperium* d' un console o pretore romano. Finchè non fuvvi alcun dritto scritto sulla costituzione municipale, forse i poteri dei magistrati municipali superiori dovettero comprendere tutto quello, che potevasi dal pretore romano; come pure non negavansi ad essi nei tempi della loro maggiore indipendenza i nomi di *consules praetores*

(1) Per esempio *apud acta mandare, procuratorem facere*. Paolo, *Sent.* I. 4. 1. *Fragm. Vat.* 317.

(2) Paolo, l. c. (cf. *L.* 2. *C. de magistrat. munic.* 1. 56.

(3) Spart. *Hadr.* 22. Capit. *Pius*. 2.

(4) Bethmann-Hollweg, *Manuale di procedura civile* I. p. 12.

dictatores. Ma quando trattossi di determinare i loro poteri legislativamente in Roma, la quale era usa considerare i municipi come membri dipendenti dello stato, e da Cesare, ai cui fini una tale subordinazione avvenivasi, non era da sperare, che ad essi fosse conservata la qualità di *maiores magistratus*: fu loro perciò riconosciuta quella di *minores magistratus*. Che anzi ripugnava talmente al pensiero romano pareggiare un magistrato municipale ad uno di Roma, che da questo tempo cominciarono a confondersi i limiti con tutte le loro pratiche conseguenze fra i *maiores et minores* magistrati romani, ed addivennero un semplice obbietto d' investigazioni antiquarie. Divenne predominante l'uso di contrapporre gli officiali dello stato a quelli delle città come ai *minores magistratus*. Non manca pure una pruova più determinata di un tale ordinamento della legge municipale. Quando intendevasi indicare il potere d'un *minor magistratus*, ciò poteva farsi nel modo più breve e proprio colla espressione *aedilicia potestas*, giacchè gli edili erano i primi fra i *magistratus populi romani minores*, e potevano servire di misure ai poteri dei magistrati municipali anche per la varietà delle loro funzioni, che comprendevano pure una giurisdizione. Occorrono certo gli edili come una magistratura speciale nei municipii: ma ben altra cosa esprime il nome *triumvir aediliciae potestatis* (1), il quale nome tanto poco indica un vero edile, quanto *aedilis duumviralis* (2) *aedilis iuri dicundo*, *aedilis curalis I. D.* Così pure un *quatuorvir aediliciae potestatis ex lege iulia municipali* non è un edile ordinario, ma un *quatuorvir I. D.* ch' era scelto in forza della legge giulia, e da questa riconosceva quel grado di potere, quale avevasi dagli edili curuli in Roma.

Se è vero quello che io affermo, che la legge Giulia avesse data ai magistrati municipali la qualità di *magistratus minores*, non è con ciò deciso, se essa abbia delineata la loro giurisdizione in quel modo, che due anni dopo fu fatto dalla *lex rubria* per la Gallia cisalpina. È possibile, che ciò non avvenne, e che le conseguenze date ad una tale limitazione fossero l'opera della interpetrazione dei giureconsulti romani. È pure possibile, e forse più probabile, che le disposizioni della *lex rubria* fossero state tratte dalla legge giulia, ed applicate alla nuova parte aggiunta all' Italia.

(1) Orell. *Inscr.* 3838.
(2) Orell. 3433.

Non può provarsi, quando siasi introdotta la limitazione della giurisdizione ad una determinata somma. La *lex rubria* ordina una tale limitazione in molti casi per la Gallia cisalpina. Se potesse pruovarsi l' indicata connessione di una tale legge colla *lex iulia*, nulla potrebbesi opporre alla opinione, che anche una tale limitazione era contenuta in quest'ultima. In ogni modo l'esempio della *lex rubria* come pure l' istituzione d'una speciale decuria di giudici per le faccende di minore momento (*de levioribus summis*) pruova, che una tale distinzione non era estranea a quel tempo. Il ricorso ai supremi magistrati come a seconda istanza è contemporaneo alla istituzione dei consolari sotto Adriano.

Amministrazione provinciale.

§. XCIII.

Parleremo ora delle province. Queste conservarono in quanto eravi di più essenziale il loro ordinamento e la loro amministrazione primitiva. Di tutte le parti dell'antica costituzione romana la provinciale conservossi più lungamente. La storia dello stato romano fin dal tempo della rovina della repubblica consiste nel fatto, che il reggimento dispotico, al quale erano soggette le province, successivamente si estese su tutte le parti dell' impero, sicchè questo addivenne una provincia.

Dalla condizione delle province si manifesta chiaramente la divisione dello stato fra il principe ed il popolo. Augusto sparti tutte le province in due parti, ritenendo per se l' amministrazione di una e particolarmente di quella, in cui stanziavano le armate, e dandone al senato ed al popolo le sicure e pacifiche, nascondendo sotto l'apparenza della benevolenza il proposito di rendere indifeso il senato, e di farsi dipendente tutto l' esercito. Ma nel tempo posteriore furono sovente scambiate le province fra le due parti, sicchè dall' una passarono nell' altra (3). Le *provinciae populi* furono rette dalle antiche magistrature romane secondo le forme tradizionali. Due di esse, l'Africa e l'Asia erano proconsolari, ossia soggette al reggimento dei personaggi, ch'erano stati già consoli: le altre dovevano essere sorteggiate fra i pretori: alcune volte il principe le dava anche a coloro, che non erano stati realmente pretori, ma ch'egli elevava al grado di *praetori*. Tut-

(3) Svetonio, *Ottav.* 47. Dione Cassio, LIII. 12. — 14. Caio. I. 6. II. 21.

ti questi reggenti delle province del popolo sia che fossero *consulares* o *praetori* furono denominati proconsoli (1) Essi avevano come prima tutta l'amministrazione della provincia, e particolarmente una illimitata giurisdizione. A loro sussidio eleggevansi dei *legati* (per i consolari tre, per gli altri uno) ai quali commettevano una parte delle loro incombenze, comunemente la giurisdizione (2): il proconsole aveva il suo *imperium* dal momento, in cui abbandonava Roma, ma non poteva esercitarlo prima che non fosse giunto nella sua provincia (3). Prima di questo tempo aveva soltanto la *iurisdictio voluntaria*, e perciò potevasi manomettere davanti a lui o eseguire qualunque altra *legis actio*, anche prima che avesse toccate le frontiere della sua provincia (4). Per le rendite pubbliche in quanto appartenevansi all'erario, e per la giurisdizione, ch'era in Roma di pertinenza degli edili, erano mandati come prima dei questori in queste province (5).

Nelle *provinciae Caesaris* lo stesso principe ne era il proconsole. Egli le reggeva per mezzo di rappresentanti, che vi mandava, e che di fatto avevano la medesima autorità di quelli delle province del popolo (6). La loro dipendenza dal principe è espressa dal loro nome: *legati Caesaris*: erano denominati *legati consulares* o *praetori*, secondochè erano scelti fra l'una o l'altra classe di persone (7). Questa qualità di *legati* modificava la loro condizione (8), ma con ciò non erano generalmente delineati i loro poteri. Inoltre non consideravasi la loro giurisdizione come *mandata*, essi stessi erano magistrati (non come i legati ch'erano persone private): potevano perciò anche trasmettere per mandato la loro giurisdizione, il che non permettevasi a colui, che aveva egli stesso una semplice *mandatam iurisdictionem* (9). Una tale loro differente condizione dai legati ordinari, ossia la loro qualità di magistrati è significata dalla denominazione: *praesides provinciarum*. È perciò, che in più luoghi vedonsi opposti i *praesides provinciarum* ai *magistratus populi romani*: essi erano magistrati ma del principe come i *praefecti praetorio et urbi*, e non del popolo (10). Se questa denominazione prese posteriormente un significato più generale, e fu adoperata per tutti i reggenti delle province inclusi i proconsoli, ne fu causa, che tutti vennero successivamente sotto la dipendenza immediata del principe. Ciò è pruovato pure dal fatto, che i *mandata*, coi quali il principe nominava ed istruiva i suoi legati, furono estesi egualmente ai proconsoli, sicchè anche questi usavano avere simili istruzioni. All'ufficio dei questori adempivano nelle province del principe i *procuratores Caesaris* (11): e questi erano competenti anche per le materie fiscali (12). Tali procuratori furono pure mandati nelle province del popolo per difendere in queste gl'interessi fiscali, giacchè anche da esse potevano venire delle rendite al fisco (per esempio colla istituzione testamentaria del principe), ed avevano anche qui nelle cose fiscali una giurisdizione concorrente con quella del proconsole (13). I procuratori erano scelti fra la classe dei cavalieri: sovente i liberti del prin-

(1) Dig. I. 16: *De officio proconsulis et legati.*

(2) Ma non la criminale. *L.* 6. *pr. D. de off. proc:* nè la *legis actio L.* 2. §. 3. *D. eod.*

(3) Per ciò non poteva commettere la giurisdizione ai suoi legati prima di questo tempo, sebbene si ammettessero delle eccezioni nei casi di urgenza. *L.* 4. §. 1. 5. *D. de off. proc.*

(4) *L.* 2. *pr. D. eod.* Plinio, *Epist.* VII. 17.

(5) Dione Cassio, LIII. 14. 28. Caio, I. 6.

(6) Dig. I. 18. *de off. praesidis.*

(7) Bethmann-Hollweg, *Manuale di procedura civile* I. p. 61.

(8) I loro poteri erano limitati alla sola provincia: cominciavano col loro ingresso in questa, e non avevano la *legis actio* al di fuori. Deesi inoltre osservare, che quando un proconsole perdeva il suo *imperium*, cessava nello stesso tempo l'ufficio del giudice, che lo rappresentava (Caio, IV. 205.): tutt'altro avveniva per il legato di Cesare: la *iudicis datio* proveniente da lui non perdeva la sua forza, quando egli aveva un successore, giacchè era considerata come emanata dall'*imperio perpetuo* del principe, *L.* 49. §. 1. *De de iud.* (5. 1.). Sulle prime non avevano la *legis actio:* Augusto la dette al prefetto dell'Egitto, e posteriormente l'ottennero gli altri legati delle province: Tacito, *Annal.* XII. 60.

(9) *L.* 5. *pr. D. de off. eius cui man* (1. 21.).

(10) L. 3. §. 1. *D. quod met. c.* (4. 2.):— *si per iniuriam quid fecit magistratus populi romani, vel provinciae praeses. L.* 12. *pr. D. de accusat.* (48. 2.): secondo la lezione più vera: *apud magistratum populi romani velut praetorem, vel apud praesidem provinciae.*

(11) Dig. I. 19.: *de officio procuratoris Caesaris vel rationalis.*

(12) Antonin. *L.* 1. *C. de iurid.* (3. 13.). Alex. *L.* 2. *C. si adv. fiscum.* (2. 37.) *L.* 8. § 19. *D. de transact.* (2. 15.).

(13) *L.* 9. *pr. D. de off. proc.*

cipe erano commessi ad un tale ufficio. In molte province o in alcune parti delle più grandi rappresentavano nello stesso tempo il preside (1).

Fra le province, che il principe governava per mezzo di officiali inferiori scelti fra la classe dei cavalieri, noveravasi l'Egitto. Questo aveva ricevuto da Augusto un ordinamento particolare (2). Il *praefectus Aegypti* o *Augustalis*, come il reggente addimandavasi, teneva le veci dei re egizi, aveva il potere d'un magistrato romano, senzachè i segni esterni lo dessero a divedere. Un tale rispetto per il sentimento nazionale non era in nessun altro paese più necessario che in Egitto, per la cui volontaria ed indefessa coltura delle proprie terre Roma veniva in massima parte provvisionata di frumento. È perciò che furono pure conservate le antiche divisioni territoriali sotto i nomi e sopraintendenti patrii (3). Nel 1818 fu scoverto sulle colonne d'un tempio da un dotto Francese, Caillaud, un editto del prefetto Tiberio Giulio Alesandro dell'anno 68 sotto il regno di Galba, e pubblicato da un capo di distretto, Giulio Demetrio, ai suoi dipendenti. Fu occasionato dalle querele dei provinciali sugli abusi fiscali, e per ovviare a questi contiene delle regole relative ai pubblici appalti, ai privilegi dei crediti fiscali, che venivano ricondotti nei loro limiti legali, ai pesi ed alle angarie arbitrarie: sopra alcuni punti infine il prefetto dichiara volersene rimettere al principe per attendere la sua decisione. Alesandria popolata da genti molto varie aveva per l'amministrazione del dritto un magistrato speciale, che al pari del prefetto era nominato dal principe, ed aveva i pieni poteri d'un reggente provinciale, col titolo di *iuridicus* (4).

Jus italicum.

§. XCIV.

Le province consistevano come l'Italia di un gran numero di comunità municipali: senonchè queste ordinariamente non partecipavano di quella indipendenza nell'amministrazione delle loro faccende interne, che noi precedentemente osservammo essere un privilegio delle città italiche. La regola si era, ch'esse sottostavano al potere del proconsole o del preside ed in ispecie anche per quanto riguarda l'amministrazione della giustizia, sicchè la giurisdizione appartenevasi esclusivamente a questo: sebbene ciò non importava, che le città non potessero avere i loro officiali particolari e patrii per l'amministrazione comunale. Che anzi questa costituzione municipale era un imperioso bisogno per l'esercizio degli uffici dei magistrati romani, giacchè senza un tale ordinamento sarebbe riuscito loro molto difficile o impossibile reggere la provincia. Quando speciali condizioni non imponevano il contrario, lasciavansi negli uffici i trovati magistrati limitandone però i poteri (ed in particolare togliendo loro la giurisdizione), e rendendoli istrumenti dei magistrati romani: intendevasi pure rendere più uniforme nelle diverse province un tale ordinamento. Nel novero di queste istituzioni generalmente introdotte è il decurionato: le città provinciali ebbero i senati, ai quali furono applicati i principii fondamentali dei decurionati italiani, ed i cui membri occupavano pure le cariche comunali (5). Nella considerazione però di questa ordinaria costituzione comunale nelle province deesi aver presente, ch'essa non fu introdotta o conservata come un dritto delle città provinciali in opposizione col governo romano, ma ciò avvenne in vantaggio di questo, giacchè trovava in quei magistrati altrettanti istrumenti indispensabili per l'esercizio del suo dominio, ch'esso faceva che dovessero rispondere della esecuzione dei suoi ordini e dell'adempimento delle prestazioni allo stato. Se i provinciali erano presi dalla illusione di considerare quei senati o uffici applicando loro svariati nomi novelli o antichi, sufeti, arconti, principali, pretori, decemviri, quatuorviri (giacchè anche questi nomi furono permessi all'ambizione che cercava trovare nel titolo un compenso per la cosa istessa, o una speranza di futuri dritti) come un avanzo della passata indipendenza o un cominciamento di dritti maggiori, ciò non poteva dispiacere ai dominatori; ma non bisogna che noi ci lasciassimo indurre in errore, in modo da considerare a causa di questi nomi la condizione delle città provinciali migliore di quella ch'era realmente.

Ma fin dal precedente periodo alcune province ottennero dei privilegi, che distingueva la loro condizione da quella ordina-

(1) *L.* 23. §. 1. *D. de appell.* (49. 1.) Tacito, *Hist.* I. 11. Tale era Ponzio Pilato.

(2) Tacito, *Histor.* I. 11. Dig. I. 17. *de officio praefecti augustalis.*

(3) Plinio, *Hist. nat.* V. 9.

(4) Dig. I. 20. *de officio iudici.*

(5) Savigny, *Storia del dritto romano nel medio evo.* I. §. 17.

ria delle altre, ed in particolare quelli, che consistevano in una più o meno compiuta esenzione dal potere dei reggenti provinciali. Sono state ricordate sotto un tale rispetto le *civitates liberae et immunes*: ed una tale distinzione naturalmente non originossi dal fatto che la repubblica venne sotto il dominio di un principe: la loro durata è pure pruovata da molti testimoni storici (1); senonchè Augusto privò molte di esse d'una tale libertà (2), e nel tempo successivo mancarono questi punti di avvicinamento fra gli stati stranieri, ed i soggetti all'impero; il potere di Roma era divenuto già predominante, finchè infine quelle città furono incorporate all'organico congegnamento dello stato romano, ed i loro privilegi, in quanto fu loro permesso goderne, presero altre forme.

La forma ordinaria della eccezione d'una città provinciale dalla regola generale delle altre era la concessione dell'*ius italicum*, che come lo stesso nome esprime, importava a suo favore quegli stessi dritti, che distinguevano le città italiche dalle provinciali (3). Il *ius italicum* consisteva di tre elementi: della capacità di possedere *in iure quiritium* il suolo ed il terreno, che formava il territorio della città: 2) della esenzione dalla imposta fondiaria e dal testatico: 2) della costituzione municipale sopra descritta, con magistrati municipali propri con giurisdizione limitata ed altre capacità amministrative, essendo con ciò la città esente dal potere del rappresentante dello stato almeno fin dove estendevansi le facoltà dei suoi propri magistrati (4). Con un tale ordinamento le condizioni giuridiche addivennero molto semplici, giacchè in tutto l'impero distinguevansi due classi di città, la cui condizione era esattamente delineata: città con dritto italico, e quelle che ne erano senza. Quando porgevasi l'occasione di favorire una città senza concedere ad essa tutto il *ius italicum*, potevasi dare una parte di que' dritti, che vi si contenevano, per esempio la esenzione dalle imposte o da una di queste (5), senza creare una forma giuridica nuova, ignorata, e perciò capace di cagionare difficoltà (6).

Il *ius italicum* non si riferisce alla qualità personale degl'individui della città, ossia alla *civitas*, alla latinità, alla peregrinità, ma ai dritti del comune e del suo territorio. Certo niuna città, i cui abitanti erano peregrini, ottenne un tal dritto, sì perchè questo non avrebbe giovato al commercio delle loro terre, giacchè a causa delle loro qualità personali sarebbero stati incapaci delle attenenze giuridiche romane, come ancora perchè nella coscienza di questo tempo non disgiungevasi dalla qualità d'una città italica quella della *civitas*, la quale estendevasi su tutta l'Italia: l'espressione di città italica indicava sempre una città colla *civitas* romana. Per contrario la *civitas* non importava il *ius italicum*: questo è certo ed indubitato: ben altra è la quistione, se anche la concessione della *civitas*, o della latinità ad una di queste città dava se non tutti i privilegi del *ius italicum* almeno una limitata esenzione dalla regola delle città provinciali, e particolarmente il dritto di una costituzione libera con magistrati propri e con una giurisdizione municipale. Ci applicheremo a rispondere ad un tale quesito (7).

Concessione della civitas: colonie.

§. XCV.

Fin dai primi tempi fu data sovente alle città la *civitas*, molto più sovente la latinità (8).

(1) È d'uopo distinguere due classi di *liberi* (*et foederati*) *populi* o *civitates*, quelli che possonsi considerare come stati stranieri, e perciò non possono esser dette città provinciali (di queste parla per esempio, Proculo *L.* 7. *D. de captiv.* 49. 15.), e le vere città provinciali, che appartenevano all'impero romano, ma che avevano conservata e ottenuta una condizione simile alla indipendenza. Di queste ultime qui si fa parola.

(2) Svetonio, *Ottav.* 47.

(3) Si legge il novero di queste città nel Dig. *L.* 15. *de censibus*: Plinio, *Hist. erat.* 4. 25.

(4) Savigny, *Sul ius italicum: nei ragionamenti storici di dritto* part. p. Trad. ital.

(5) *L.* 8. §. 7. *D. de censib.* La ragione del pareggiamento e della esenzione dalle imposte data all'Italia ed alle città con dritto italico riponevasi nel sostentamento delle milizie e nella *cicesima hereditatum*, i quali pesi gravavano principalmente sopra esse. Savigny, op. cit.

(6) Il concetto del *ius italicum*, ossia ch'esso era una qualità delle città e non delle persone, e quindi non può essere assimigliato alla *civitas*, alla latinità ed alla peregrinità è stato chiarito da Savigny il primo: sul *ius italicum*: op. cit.

(7) Questa quistione è decisa affermativamente da Waller, *Storia del dritto romano* p. 326, negativamente da Savigny, op. cit. non decisa da Bettmann. Hollvveg—*Manuale* I. p. 122.

(8) Tutta la Spagna ottenne la latinità da Vespasiano: Plinio, *Hist nat.* III. 4. È detto di Adriano: *Latium multis civitatibus dedit.* Spartian. *Hadr.* 21.

L'una e l'altra lo fu alcune volte direttamente (colla concessione della *civitas* una città prendeva il nome di *municipium*) altre volte coll'essere una città dichiarata colonia. Ma mandaronsi pure realmente delle colonie, ed un luogo, almeno in parte, veniva popolato da novelle genti, e particolarmente da soldati in ritiro, che vi prendevano stanza; sicchè era una colonia reale, e non semplicemente titolare. Anche la concessione della *civitas* a singole persone divenne sempre più frequente, formando questa per i principi una importante fonte di proventi, giacchè dovevasi a tal fine pagare una somma, ed i novelli cittadini considerandosi come liberti del principe usavano lasciar loro qualche cosa nei testamenti. Si racconta di Marco Aurelio, ch'egli dichiarava cittadino senza distinzione chiunque da cui ne veniva richiesto, purchè glie ne pagasse il prezzo (1). Infine è questa riportata come una delle speculazioni finanziere di Caracalla (2), che con una costituzione fece cittadini romani gli abitanti tutti dell'impero (3).

Si travagliarono moltissimo gli scrittori sul contenuto di questa legge, giacchè credettesi scorgere una contradizione fra essa e la durata delle distinzioni fra *cives latini et peregrini*, e vollesi quindi rimuoverle con moltiplici limitazioni alla legge (4). Che l'ordinamento riguardasse soltanto gli uomini liberi e non gli schiavi, è certo, ma non è fondata l'opinione di molti dotti, i quali la vollero limitare ai soli nati liberi, perchè si potesse dire, che durasse ancora fra i liberti la distinzione fra i latini ed i peregrini. Il vero contenuto della costituzione manifestasi da se stesso dalla connessione, in cui fu qui riportata: la difficoltà, che s'intese rimuovere con quelle supposizioni, non esiste, ed originossi soltanto dall'erroneo pensiero, che Caracalla avesse voluto esprimere un principio di dritto. La costituzione non contiene l'ordinamento che per il tempo a venire non vi sarebbero in tutto l'impero che cittadini romani, ma non è altro che la concessione della *civitas* a tutti i latini e peregrini che vivevano a quel tempo sul territorio romano, e distinguesi dalle altre concessioni di simile ragione soltanto per questa sua maggiore estensione, senzachè ne fosse esclusa la futura esistenza dei latini e peregrini in conseguenza delle posteriori manomissioni, emigrazioni ecc.

A significare la concessione della *civitas* o della latinità ad una comunità di persone usavasi una doppia espressione; alcune volte parlasi di concessione ad una città o a più città, altre volte a tutti i cittadini (o pure abitanti) d'una città, d'una provincia, o di tutto il regno. L'uno e l'altro modo di esprimersi importava forse una differenza pratica?

Colla concessione della *civitas* ad una città, addivenivano cittadini romani tutti i presenti membri di essa: con ciò pure venivano esclusi dal dritto di cittadinanza di una tale città tutti coloro, che non erano cittadini romani. Per quanto poco un *civis romanus* poteva essere cittadino d'una città latina o peregrina, tanto poco chi non era romano poteva esserlo d'un municipio. Nè una tale città acquistava la capacità di concedere arbitrariamente il dritto della cittadinanza romana coll'ammissione di altre persone nella sua (*allectio*): essa poteva ammettere come cittadini soli quelli, ch'erano già cittadini romani per nascita, manomissione, per legge o concessione del principe (5). Nei citati luoghi la concessione della *civitas* ad una città non aveva altre conseguenze di quella fatta ai cittadini di essa: ma dall'altra parte anche quest'ultima aveva i medesimi effetti di quella e convertiva la città in un municipio; come altresì le antiche leggi *de civitate* non nominavano le città ma le persone. L'una e l'altra è un differente modo di esprimersi per significare una medesima cosa. È perciò che non mi sembra vera la spiegazione data da Savigny di quel-

(1) Aurel. Vit. *De Caesar*. 16. *data cunctis promiscue civitas romana.*

(2) Dione Cassio, LXXVII. 9.

(3) Ulpiano, *L.* 17. *D. de statu hom.* (1.5.) *in orbe romano qui sunt, ex constitutione imperatoris Antonini cives romani effecti sunt*: Se in una novella di Giustiniano (*Nov.* 78. cap. 5.) Antonino Pio è nominato autore di questa costituzione, ciò provenne da una falsa intelligenza delle parole di Ulpiano.

(4) Può leggersi la letteratura di questa quistione in Haubold: *ex const. imp. Antonini quomodo qui in orbe romano essent cives rom. effecti sint* 1819. *Opuscula acad* II. p. 369. Osservazioni di Wenck sul medesimo argomento p. XLII. Zimmern. *Storia del dritto privato romano*. I. 9. 123.

(5) Così pure. La *lex plautia papiria* dette la *civitas* a quelli soli, che a quel tempo appartenevano già ad una città italica (ed oltracciò domiciliavano in Italia). Perciò fu necessario per Archia pruovare ch'egli era già cittadino di Eraclea prima della legge: Cicerone, *Pro Archia* 4. *Ad famil.* XIII. 30. *L. Manlius est Josis. Is fuit Catinensis, sed est una cum reliquis Neapolitanis civis romanus factus decurioque Neapoli; erat enim adscriptus in id municipium ante civitatem sociis et latinis datam.*

la costituzione: ch' essa riferivasi non agli individui ma alle comunità; ossia ch' essa fece altrettanti municipii di tutte le città del regno, che non lo erano (1). Dovrebbesi piuttosto dire, che facendo cittadini romani tutti gl' individui di quel tempo, converti tutte le città in municipi, non altrimenti che la legge giulia e plautia aveva fatto per l' Italia.

Dopo il già detto possiamo con maggiore certezza rispondere al quesito, se i municipii nelle province avevano in questa qualità un privilegio sulle altre città rispettivamente alla loro costituzione. La quistione si è: quando concedevasi la *civitas* romana ai membri d'una città, riceveva questa con ciò un'altra costituzione, e particolarmente una giurisdizione propria? Niuno vorrà ritenerlo per probabile; giacchè i cittadini romani erano soggetti al pari dei peregrini alla giurisdizione del magistrato romano: e nelle nostre fonti non leggesi di ciò traccia alcuna (2). Il contrario si manifesta dallo stato della Gallia cisalpina, la quale anche come provincia aveva ottenuto la *civitas*, le cui città nondimeno non ricevettero la giurisdizione prima della dissoluzione della costituzione municipale; e più chiaramente addimostrasi dallo stato dell' impero dopo la costituzione di Caracalla. Secondo la opinione da noi rigettata tutte le città avrebbero dovuto avere i *duumviri iuri dicundo*, ma è certissimo, che ciò non avvenne.

Ci rimane a trattare delle colonie. Walter cerca pruovarlo coi *duumviri* (e prefetti), che per molte di esse sono ricordati nelle iscrizioni. Ma una tale pruova addiviene molto problematica sì perchè alcune avevano indubitatamente il *ius italicum*, ed altre poterono averlo, senza che si abbia notizia d' un tal fatto, sì ancora per la già indicata in significanza del titolo di *duumviri*, quando non vi si trova la giunta *iuri dicundo*, la quale manca in quelle iscrizioni. A ciò si aggiunge che come molte colonie erano *immunes* a causa d'una preminenza sulle altre, così alcune poterono avere avuta la giurisdizione senza il pieno *ius italicum*, come uno speciale privilegio, che non possedevasi da tutte. E non è questa una semplice possibilità, che potrebbe essere improbabile per il gran numero degli esempi; noi abbiamo un brano, che chiaramente indica la compiuta costituzione municipale come una specialità delle colonie italiche, e generalmente la nega alle colonie provinciali (3).

Se noi dobbiam ritenere come regola che per le colonie eravi tanto poco che per i municipi nelle province una esenzione dalla giurisdizione del magistrato dello stato, quale la dava il *ius italicum*, deve dall'all' altra parte essersi associato colla qualità di colonia un certo vantaggio, che indusse molti municipi delle province sotto Adriano, a chiedere di essere cambiate in colonie. Gellio, che lo racconta (XVI. 13) non sa darne alcuna spiegazione, ed è cosa veramente pedantesca attribuire una tale inchiesta ad un dottrinale errore di queste città sul grado di estimazione, che ad esse importava l' una o l' altra qualità; forse fu indotto in errore dalle parole di Adriano, colle quali questi credette con simiglianti espressioni generali esimersi dalla inchiesta. Per il maggior numero delle città, alle quale è riconosciuto il *ius italicum* è certo, ch' erano colonie: per nessuna è pruovato il contrario (4). Particolarmente Utica aveva il *ius italicum*, e Gellio novera appunto questa fra le città, che si erano sforzate di ottenere la qualità di colonia: essa ricevette un tal dritto sotto Severo ed Antonino. Oltracciò in un luogo espressamente leggesi, che una città era divenuta colonia (5), ma non perciò aveva ottenuto il *ius italicum*; questo solo basta per pruovare una connessione fra quel dritto e questa qualità. L' inchiesta di quei municipi ci addimostra, che le sole colonie ottenevano il *ius italicum*: chiedevasi la qualità di colonia come il primo passo verso il *ius italicum*, ch' era il loro vero scopo, ed al quale avvicinavansi ancora più ottenendola: si fa pure menzione d' una tale inchiesta per i soli municipi provinciali: Adriano oppose loro l'esempio di Preneste, che essendo colo-

(1) *Giornale* V. p. 240.

(2) Gellio (XVI. 13.) in un racconto molto confuso sui municipi e sulle colonie dice, secondo un discorso di Adriano, che i municipi avevano sulle colonie il dritto *suis moribus legibusque uti*. Questo si riferisce all'antico concetto di municipio, che a quel tempo aveva perduto ogni importanza pratica.

(3) *Est et Heliopolitana (colonia) quae a D. Severo per belli civilis occasionem italicae coloniae republicam accepit L.* 1. §. 2. *D. de censib.*

(4) Anche per Stobi, di cui Savigny afferma il contrario (*Giornale*, v. p. 264) rimane incerto, se avesse ricevuto il *ius italicum* come municipio.

(5) *Vespasianus Caesarienses colonos fecit non adiecto ut et iuris italici essent L.* 8. §. 7. *D. de censib.*

nia chiese da Tiberio la qualità di municipio: questa città italiana non facevalo certo per interesse, ma trattavasi soltanto d'un nome più onorevole.

Il risultato delle precedenti investigazioni è il seguente. La condizione delle città provinciali divenne nel corso di questo periodo sempre più semplice. Ordinariamente esse avevano un'amministrazione comunale, che fu portata successivamente a maggiore uniformità; mancavano però di magistrati propri per l'applicazione del dritto, erano soggetti all'imposta territoriale ed al testatico, ed in quanto al suolo ed al terreno non avevano il *commercium*. In tutti questi rispetti la condizione degli abitanti, e la loro qualità di municipio o colonie non producevano alcuna differenza. Molte però avevano in tutti quei rispetti il dritto delle città italiche, altre avevano soltanto alcune parti di questo, sia magistrati propri per la giurisdizione municipale, o l'esenzione di una o di entrambe le imposte. Il *commercium* delle terre occorre per le sole città, che avevano il pieno *ius italicum*.

La scienza del dritto presso i Romani.

§. XCVI.

Verso la fine della republica il dritto romano presentava una quantità di regole giuridiche, che al concepimento naturale ed agli ordinari mezzi di conoscenza, che sono comuni ad ogni cittadino, era divenuta sempre più difficile anzi impossibile ad essere applicata con sicurezza nei casi pratici. Questa svariatezza dei principii del dritto non era puramente esterna, cagionata da una moltitudine di novelle relazioni, per le quali originaronsi nuove forme giuridiche, dapoichè mancò nel popolo l'antica semplicità dei costumi e delle attenenze, e con ciò allargossi l'angusto giro del dritto, ma era pure interna: nelle antiche individuali opinioni giuridiche romane erano penetrati, ed avevano presa realtà concetti nuovi e più generali. Faceva mestieri soddisfare a questi novelli bisogni; manifestaronsi delle collisioni fra i due forti principii, la *civilis* e la *naturalis natio*: la conciliazione di questi era già cominciata, la sicurezza del dritto ne rendeva necessario il compimento.

Quando il parere e l'assistenza dei giurisperiti addivennero sempre più indispensabili al cittadino nelle sue relazioni civili, e nei complicati rapporti, ch'erano un effetto delle immense ricchezze, delle estese possessioni, e d'una infinita varietà di negozi sopra una parte considerevole del mondo conosciuto, se l'attività di essi era cresciuta in estensione ed importanza, dovettero bentosto sentire, che l'antico esercizio della loro arte, e la precedente misura della loro educazione giuridica più non bastavano. Le barriere, nelle quali si erano chiusi i loro antenati, dovevano cadere, il novello elemento dell'*ius gentium*, come aveva trovato un organo negli editti dei magistrati, doveva essere compreso nel giro delle loro investigazioni e trattazioni: era necessario, che si elevassero ad un concetto più vasto del dritto, e che si collocassero ad un punto di considerazione dominante la opposizione fra il dritto delle genti ed il civile. Anche nello stesso *ius civile* erano già sorte molte incertezze; eravi un *ius controversum*: nè potevansi rimuovere questi dubbi coi precedenti mezzi di conoscenza; le autorità esterne non bastavano per riuscire ad un risultato, e quando gli elementi opposti erano di uguale peso, ragioni interne erano necessarie per scoprire la verità. Una conoscenza sistematica del dritto addivenne indispensabile per adempire con successo ed onore il ministero di rispondente.

Nel medesimo tempo lo spirito scientifico era divenuto potente fra le agitazioni e le miserie pubbliche; questo si concentrò nel dritto, in quell'elemento della vita spirituale, in cui questo popolo più d'ogni altro fu eccellente. Non dee fare dunque meraviglia, se i giuristi di un tal popolo, ch'ebbe in sorte di rappresentare lo svolgimento del dritto nella storia dello spirito umano, e che in qualunque altra arte e scienza non fu di altro capace che d'imitare ed appropriarsi i lavori altrui, portarono la giurisprudenza ad un grado di perfezione, per cui sono predestinati ad essere i maestri di tutti i tempi a venire.

La capacità naturale dei Romani per la giurisprudenza fu favorita dalla condizione delle cose pubbliche. I giureconsulti dovettero sentirsi come i rappresentanti naturali della loro nazione nel dritto: questo viveva nella loro coscienza, come era vissuto fino a quel tempo nella coscienza spontanea di tutto il popolo, dalla quale non erasi dileguato ma non poteva più essere concepito compiutamente. Un tal sentimento valse a comunicare alla scienza del dritto un'intima dignità indispensabile, acciocchè essa avesse potuto prosperare: senza questo sentimento il giusista è o un indotto pedante, o un servile imitatore. Nel tempo della vita repubblicana tutto il popolo era egli stesso troppo attivo nelle pub-

bliche faccende, perchè avesse potuto svolgersi il sentimento d' una rappresentazione nel dritto: quando la repubblica cominciò a declinare verso la sua decadenza, furono gli oratori quelli, nei quali il popolo riconobbe i suoi rappresentanti. Lo stesso Cicerone *pro Murena* II, sebbene fosse già manifesta la declinazione delle cose, vantando l' importanza maggiore della missione del capitano e dell'oratore, potè parlare della giurisprudenza con un tuono compassionevole come d'una *tenuis scientia*, che non poteva avere in se alcuna dignità; e per quanto fosse grande l' esagerazione, della quale rendevasi colpevole, vi si doveva contenere un germe di verità, sebbene forse in gran parte già passata, perchè avesse potuto pronunziare simili parole senza il timore di eccitare lo sdegno altrui. Ma quando colla potenza del popolo la forza dell' orazione perdette il suo potere sulla vita pubblica, la giurisprudenza fè valere i suoi dritti. « L'arte oratoria, che fu la prima fra le arti pacifiche al tempo della libertà, perdette al mancare di questa ogni onore come pure ogni forza ed autorità. Nel dritto per contrario sopravvisse l' antica Roma più che in qualunque altra parte della pubblica vita. In esso ritrovava la sua patria, chi ancora sentivasi romano; ed è perciò che le più nobili forze sentirono il bisogno di concentrarsi nella giurisprudenza (1): Il Romano, ch' era preso da patriottico cordoglio sul destino politico del suo popolo, trovò in questa scienza il mezzo di ristorarsene e nel medesimo tempo una attività pubblica ed una autorità, che nessun partito politico, e dominante era da tanto da sopprimere o limitare. Quando tutto piegava al potere corruttore degl' imperatori, o abbandonavasi a vuote astrazioni, durava ancora non avvilita nè rotta nei giuristi l' antica fierezza romana. I giureconsulti romani si addimostrarono sempre grandi e maravigliosi anche fino alla fine del secondo ed al cominciamento del terzo secolo, quando tutta la rimanente vita romana di qualunque natura si fosse andava in rovine: che si paragoni tutta la loro esistenza con quella morta dei loro concittadini, o i loro scritti con i deboli prodotti letterari del maggior numero dei loro contemporanei, dei quali i migliori perirono in un angoscioso cordoglio o si estenuarono in un zelo impotente.

Per formarci una idea vera intorno all'indole generale della giurisprudenza romana, e per darci ragione della sua alta perfezione sarà necessario indicare gli effetti, che l' ordinamento della giurisdizione romana si ebbe sopra essa. La specialità, alla quale io accenno può essere espressa con due parole; i giureconsulti non erano giudici, i giudici non erano giureconsulti. A prima considerazione potrebbe l'uomo essere inchinato a credere, che un tal fatto abbia nociuto alla trattazione pratica del dritto, e che con ciò i giureconsulti romani avessero corso il pericolo di smarrirsi in sterili teorie, e di perdere di vista la vita reale. Ma avvenne appunto il contrario. La giurisprudenza romana era tanto perfetta, che ad essa fu al tutto estranea quella opposizione fra la teoria e la pratica, che manifestasi nella moderna scienza del dritto, e quale è possibile soltanto fra una falsa pratica ed una teoria erronea, sebbene non fosse stata al tutto ignota all' antichità ed anche a quel tempo nelle altre parti della scienza. Essi riconobbero principalmente da quel fatto una tanto felice esenzione da un tal male.

L' opposizione fra la teoria e la pratica, fra la scienza e la trattazione del dritto e l'applicazione di esso alle relazioni reali della vita, quali queste nelle loro forme individuali si presentano come singoli casi, sebbene sia in se stessa naturale ed invitabile, pure rimane al tutto esterna, e non modifica la natura del dritto. Che anzi una tale opposizione si dilegua interamente agli occhi nostri, appena che noi guardiamo addentro all'essenza della cosa. Giacchè la teoria deve prendere a suo obbietto il dritto come applicabile, e l'obbietto dell'applicazione è appunto il dritto trovato dalla teoria. Bene altra cosa si è quando l'opposizione penetra nell' intimo della cosa stessa, quando la teoria e la pratica si differenziano sì in quanto all'obbietto e sì al modo di trattarlo; sicchè nell'applicazione si appalesa un dritto del quale la teoria nulla conosce, e questa esprime i suoi principii come se la loro applicabilità non fosse un elemento essenziale del dritto, e l'una e l'altra non hanno alcuna connessione fra loro, se non fosse quella d' uno scambievole disprezzo, battono vie proprie e diverse, come se vi avesse due dritti al tutto differenti, uno dei libri ed un altro degli atti. In qual modo la giurisprudenza possa smarrirsi in una condizione di cose tanto falsa, ci è pruovata dal fatto. Quando l'applicazione del dritto è commessa esclusivamente a' dotti magistrati, e vien rimessa a questi senza alcuna distinzione tutto quanto si connette all' adempimento di questo ufficio, le cose

(1) Savigny, *Storia del dritto romano nel Medio Evo* I. p. 25.

maggiori e le minori, non può certo affermarsi la necessità di quella conseguenza, nè che non potrebbesi evitarla con sagge istituzioni, e con un forte ed intelligente sentimento. Ma un tale ufficio connettesi il più delle volte ad una sì grande moltitudine di operazioni inferiori, fenomeniche, e capaci di far perdere di vista l'essenza istessa della cosa, si richiedono tante esterne e materiali capacità, alle quali in opposizione delle più alte conoscenze si attribuisce un valore più certo ed indubitato, che troppo facilmente la pratica s'identifica con queste attività al tutto estranee, ed il difetto di teoria che vi à in esse, si estende su tutta l'applicazione del dritto. Il risultato si è una pratica mancante d'ogni spirito scientifico e bastante a se stessa, in opposizione della quale si forma una teoria non pratica. A ciò si riuscirà sempre in simiglianti condizioni anche quando la medesima persona acchiuda in se la pratica e la teoria ma come in due luoghi al tutto diversi, ed ancor più facilmente quantochè avvi dei giuristi, ai quale la vita nulla apprese, sì perchè non si mosse loro una tale pretensione, e perchè non ebbero la naturale tendenza o la capacità di rompere il muro di separazione.

I giureconsulti romani si tennero lontani dalle operazioni meccaniche, le quali avevano formata un'occupazione principale dei più antichi giurisperiti. Il progressivo svolgimento del dritto, e la qualità più generale e severa delle antiche formole di questo, furono la causa, che la loro attività nella pratica fu piuttosto diretta all'elemento puramente giuridico dei casi. Essi rimettevano alle altrui cure quanto di meccanico occorreva anche nel loro ufficio, e particolarmente a quelle degli altri giuristi dipendenti dalla loro direzione, sicchè ogni giureconsulto teneva una tale scuola, ma col proposito di sgravarsi dalle operazioni meccaniche della pratica; in tal modo non incorreva nel pericolo di confondere queste con quanto eravi di più essenziale nel suo ministero, o la vera pratica del dritto colla esecuzione di esse. Concentrandosi dunque l'attività dei giuristi nell'essenza della cosa, non turbata da operazioni minori o materiali, e non avendo altro obbietto che la scienza, e questa riferendosi direttamente al loro ministero, non era possibile per essi nè una fantastica teoria, nè una pratica mancante di scienza, stando l'una e l'altra per essi in quel vero nesso e legame, per il quale si penetrano scambievolmente.

Dei giureconsulti fino ad Augusto.

§. XCVII.

Si ricorda un gran numero di giuristi dal tempo in cui cominciò la scienza del dritto fino al terzo secolo. Di non pochi dovè perire anche il nome: di molti niente altro pure ci è noto che il nome. Dei rimanenti ci pervennero alcune notizie della loro vita senza avere una sufficiente conoscenza dei loro scritti, o pure avviene il caso contrario: per molti le nostre conoscenze si estendono sui due punti, senza che però fossero sempre soddisfacenti, o compiute. Si è tentato sovente di comporre queste svariate notizie (1): e nei tempi antichi non era straordinario che si prendesse ad obbietto di scritti speciali e particolarmente accademici le notizie sopra uno o un altro dei giureconsulti romani (2): Nelle pagine seguenti daremo le principali e per noi, più importanti notizie sui singoli giureconsulti, e sulla parte che si ebbero al grande edificio della giurisprudenza romana. A tal fine ci è d'uopo retrocedere fino al settimo secolo della città.

Il primo, al quale può attribuirsi una trattazione ed esposizione veramente scientifica del dritto (*ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo*, dice Pomponio di lui), è M. Scevola, figlio di Publio, pontefice massimo (per distinguerlo da quello dello stesso nome che fu augure), console nel 659. Egli è ricordato molto sovente da Cicerone, ed era considerato come il più grande giureconsulto del suo tempo. Perì nelle agitazioni civili prodotte da Mario. I suoi XVIII *libri iuris civilis* esercitarono senza dubbio una grande autorità nei suoi contemporanei e nella trattazione del dritto fatta dai giureconsulti posteriori, da' quali sono citati sovente, e furono seguiti come modello nella formazione di opere maggiori. Quattro suoi frammenti trovansi inseriti ne'digesti giu-

(1) Fra le più antiche opere di questa specie si noverano: Bern. Rutilius, *Vitae Ictorum* 1536. Io. Bertrandus, *De iurisperitis, libri*. II. 1617. Guid. Pancirorus, *De claris legum interpretibus libri* IV. 1637. Guil. Grotius, *Vitae Ictorum quorum in Pandectis extant nomina conscriptae* 1690. Questi scritti addivengono inutili per il lavoro molto più accurato di Zimmern, *Storia del dritto privato romano* I. §. 76—103.

(2) Hanbold, *Inst. literariae* p. 349

stinianei e che furono tratti da un altro suo scritto, *liber singularis definitionum*, regole di dritto brevemente espresse. Fra i suoi contemporanei molti si fecero suoi imitatori e seguaci per educarsi alla sua scuola: *ego*, dice Cicerone *(Brut. 39)*, *iuris civilis studio multum operae dabam* Q. *Scaevolae* P. F. *qui quamquam nemini se ad docendum dabat, tamen consulentibus respondendo studiosos audiendi docebat*, ossia, che nelle ore non dedite agli affari egli non occupavasi della istruzione nè dell'insegnamento primario ciò non potevasi in generale attendere dai giureconsulti, quando alcuno non v'inchinava per speciale tendenza, come Lucilio Balbo (1) che istruì Servio, ed aveva poca capacità per la vocazione d'un vero giurista (2). La estimazione, che avevasi di Scevola era tanto consolidata, ch'egli negossi a dare il suo parere sopra alcune relazioni giuridiche, sul *ius praediatorium*, e diresse i richiedenti ad altri giureconsulti, che profondamente conoscevano questa parte del dritto, senza che con ciò menomasse la sua fama come giurista (3). Si loda moltissimo la severa rettitudine ed innocenza del suo carattere: una pruova, che difficilmente alcuno dei suoi contemporanei potrebbe produrre per se, ci vien porta dalla sua virtuosa amministrazione della provincia dell' Asia; non solamente gli Asiani stabilirono per grata memoria di lui un giorno di festa, che da lui denominarono *Mucia*, ma ne è testimonio maggiore lo sdegno dei publicani romani contro la sua amministrazione (4). Fra i suoi *auditores* il più ragguardevole era Aquilio Gallo, pretore nel 688 contemporaneamente a Cicerone. Questi che era il suo intimo amico ci fa conoscere (*Brut.* 42.) che egli a causa della sua straordinaria abilità nelle faccende mancò alcune volte di esattezza ed accuratezza. Lasciò delle tracce della sua indefessa attività anche per i tempi successivi in alcune singole determinazioni di diritto e formole di atti, che anche posteriormente furono denominate da lui *(stipulatio aquiliana, postumi aquiliani)*: è questa una memoria, ch' egli non deve ai suoi propri scritti, dei quali al tempo di Pomponio niuno rimaneva, ma al suo discepolo Servio, che lo citò sovente, e dai cui libri viene spesso citato anche dagli autori posteriori. Egli rese celebre la sua pretura con un importante progresso nel dritto di equità, giacchè fu il primo a dare un' azione a causa di dolo *(iudicium de dolo malo)*, dovechè prima l'azione a causa che un danno era stato cagionato dalla frode altrui, era ammessa soltanto con molte limitazioni (5).

Anche più preclaro di Gallo era il suo discepolo Servio Sulpicio Rufo, quasi contemporaneo di Cicerone, e che console nel 703, morì nel 711. Pomponio ci racconta in qual modo pervenne a farsi giureconsulto. Essendo il più grande oratore dopo Cicerone aveva chiesto il parere di Q. Mucio intorno ad un affare giuridico che egli avvocava: il giurista gli dichiarò la sua opinione, ch'egli indotto del dritto non comprese, ed avendogliela ripetuta più diffusamente colla medesima infelice riuscita, questi proruppe infine involontariamente nelle parole: *turpe esse patricio et nobili et causas oranti, ius in quo versaretur ignorare.* Una tale umiliazione fu causa, ch'egli si addisse allo studio del dritto, e vi riuscì straordinariamente. Lasciò circa 180 *libri*, e fra gli altri dei comentari agli scritti del giureconsulto, che lo aveva incitato alla giuriprudenza (6); molti dei quali erano ancora in uso al tempo di Pomponio, e si veggono citati anche dai giureconsulti posteriori. Cicerone (*Brut.* 41. 42.) lo nomina il più grande fra tutti i giuristi, e lo pone anche al di sopra di Q. Mucio: ed è ciò naturale, non solamente per la considerazione, che un oratore che si addiceva alla giurisprudenza doveva sembrare a lui, che fosse capace di produrre quanto di meglio era possibile, ma ancora perchè il metodo logico seguito da Servio nei suoi scritti giuridici parevagli la forma la più perfetta, alla quale potesse elevarsi la scienza (7). Egli ravvisava in lui l' attuazione di quel-

(1) *L.* 2. §. 43. *D. de orig. jur.*
(2) Cicerone, *Brut.* 42.
(3) Val. Max. VIII. 12.
(4) Pseudo-Ascon. *Ad div. in Caecil.* 17 : *Huius quaestor Rutilius Rufus damnatus est, quod cum praetore consenserit suo, ne publicani aliquid agerent in provincia sua. Quo cognito equites romani (nam tum, ante syllana tempora, iudicabant) damnarunt eum.*
(5) Cicerone, *De nat. Deor.* III. 30. *de off.* III. IV.
(6) *Reprehensa Scaevolae capita* Gell. IV. 1. *Notata Mucii L.* 30. *D. pro socio* (17. 2.)
(7) — *artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscura explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur, et quae quibus positis essent, quaeque non essent consequentia. Hic enim* (Servio) *attulit hanc artem, omnium artium maximam, quasi lucem ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur, aut agebantur. « Dialecticam mihi videris dicere,*

l'ideale, che aveva vagheggiato nei libri *de oratore*: le persone che v'intervengono Crasso e Mucio sono l'imagine di se stesso e di Servio. Questi avevagli ceduto il primo posto nell'arte principale (l'oratoria); meritava quindi di primeggiare per tutti i tempi nella seconda (1). Dei numerosi seguaci e partigiani di Servio dieci sono mentovati da Pomponio, ed uno di essi, Aufidio Ramusa, formò dagli scritti di otto di questi una grande opera in 140 libri: con ciò si spiega perchè *Servii auditores* sono citati come un *collectivum* dagli autori posteriori. I più eccellenti discepoli di Servio furono Aulo Ofilio ed Alfeno Varo. Il primo che è indicato anche da Cicerone (*ad fam.* VII. 21) come rispondente ebbe una stretta intimità con Cesare senza occupare alcun ufficio pubblico; scrisse molti libri su tutte le materie del dritto, ed anche sopra molte, sulle quali non eranvi fino allora altri scritti, sull' editto del pretore (*edictum praetoris primus diligenter composuit*), dovechè prima di lui il solo Servio aveva composti sul medesimo argomento due brevissimi libri. È possibile ch'egli avesse presa una parte importante nel concepimento delle leggi, che furono pubblicate sotto il dominio di Cesare. Alfano Varo, che fu pure console, fu probabilmente uno dei molti *suffecti* sotto Augusto. Lo scoliaste di Orazio riferisce le parole di questo: *ut Alfanus vafer*, *omni abiecto instrumento artis*, *clausaque taberna su'or* (*o tonsor*) *erat*, al nostro Alfeno Varo, di cui affermasi, che avesse esercitata una tale arte in Cremona, e poi fosse divenuto in Roma sotto Servio un giureconsulto tanto eccellente da ottenere l' onore del consolato e la sepoltura a spese dello stato. Pomponio non credette dovere far menzione d' un tal fatto ed è perciò che gli scrittori posteriori non vollero aggiunger fede alle parole dello scoliaste su questo punto. Dai suoi *Digestorum libri* XL. 54 frammenti furono incorporati nei digesti di Giustiniano. Gellio (VI, 5) vanta le notizie che occorrono in quest'opera sull'antichità, quando mette a profitto un brano di essa sull' alleanza cartaginese: un'altro frammento della medesima opera fa pruova di conoscenze anche più vaste (1). Contemporaneo dei precedenti e discepolo d' un Cornelio Massimo fu C. Trebazio Testa, più giovano amico e cliente di Cicerone (2). Pomponio osserva, che questi fu inferiore ad Ofilio, e che i suoi scritti, sebbene ancora esistenti, erano tenuti in poca estimazione. Il concetto d'una capacità intellettuale mediocre ci vien confermato dal ritratto, che Cicerone ci dà di lui nelle sue lettere non solamente per quello che ne scrive, ma anche per quello, di cui si tace. E ciò diviene manifestamente chiaro quando paragoniamo a quella lettera le contemporanee dirette al giovine Curione. Negli scritti di raccomandazione a Cesare Cicerone (*fam.* VII. 5) dopo una lode generale del raccomandato dice: *accedit quod familiam ducit, in iure civili singularis memoria, summa scientia*. D'un modo strano molti virgolando dopo *civili* riferirono le parole *familiam ducere in iure civili* al posto eminente occupato dal giovine giureconsulto fra i giuristi contemporanei, facendolo capo d'una scuola di dritto. Cicerone dice piuttosto: ch'egli raccomandavasi particolarmente per una sicura, sempre pronta e profonda conoscenza del dritto civile. Pomponio dice di Aulio Casellio nominato unitamente a Trebazio sebbene più vecchio di questo, ch'egli fu più eccellente oratore che giurista: mostrò poca capacità nel novello ordinamento delle cose, finì la sua vita politica colla questura, avendo rifiutato il consolato offertogli da Augusto. Valerio Massimo (VI. 2. 12) racconta di lui con un terrore servile, ch'egli nello esercizio della sua professione di giureconsulto non volle mai riconoscere le concessioni fatte dai *triumviri* (*de aliqua earum rerum quas triumviri dederant*, *formulam componere*), e che avesse risposto ai suoi amici che davansi pensiero di lui a causa di tanta fierezza di animo; *duas res quae hominibus amarissimae videntur*, *magnam sibi licentiam praebere*, *senectutem et orbitatem*. Q. Tuberone discepolo di Ofilio passò dall'arte oratoria alla giurisprudenza dopo avere senza successo accusato Ligario difeso da Cicerone. Pomponio vanta la sua profonda conoscenza del dritto, ma gli rimprovera d'avere adoperata l'antica scrittu-

inquit ». *Recte inquam, intelligis: sed adiunxit etiam et literarum scientiam et loquendi elegantiam*, *quae ex scriptis eius quorum similia nulla sunt, facillime perspici potest.*

(1) *L.* 76. *D. de iudic.* (S. 1.)

(2) A lui sono dirette le lettere *ad famil.* V. 6—22, scritte in massima parte nel tempo in cui Trebazio con raccomandazione del suo protettore trovavasi nella provincia con Cesare per farsi una proprietà. Posteriormente egli, che si fe' conoscere come poeta, fu occasione, che Orazio scrivesse la Sat. I. del 2° libro avendo dichiarato, che non si dovessero scrivere satire, ma piuttosto cantare le gesta di Augusto.

ra, la quale nocque all'uso dei suoi scritti. Molti scrittori contemporanei a quelli già mentovati sono comunemente noverati dai moderni fra i giureconsulti per la sola ragione, che i loro scritti hanno per obbietto il dritto, sebbene fosse ignoto se avessero avuto il carattere di giuristi, o senzachè si abbia certa scienza del contrario. Lo stesso Cicerone, che aveva indubitatamente conoscenza del dritto, non era certo un giureconsulto, così parimente Elio Gallo, che scrisse un'opera *de verborum quae ad ius pertinent significatione*, è molto citato, ed anche messo a profitto dai giureconsulti e filologi romani (1); ma difficilmente può sostenersi, ch'egli fu un giurista. Leggesi un frammento di lui nei digesti di Giustiniano (2).

§. XCVIII.

Vissero sotto Augusto due giureconsulti, che si segnalarono dai posteriori sì a causa della loro autorità fra tutti i contemporanei, come anche per la politica e scientifica opposizione, in cui trassero la vita. L'uno è Ant. Labeone, il cui padre Quinto (egualmente giurista) combattette con Bruto e Cassio nella battaglia di Filippi, e dopo la perdita di questa non volle sopravvivere alla libertà della republica (3). I sentimenti politici del padre si trasmisero al figliuolo, la cui fama come giurista crebbe non poco per la resistenza, ch'egli nella sua condizione di giureconsulto appose alle politiche innovazioni ed allo sforzo di Augusto per tirarlo dalla sua parte (4).

Egli non si era posto in questa ostile situazione per soddisfare la sua vanità compiacentesi nella opposizione contro il dominatore, giacchè stante i miti sentimenti di Augusto non correva alcun pericolo; ma si oppose alla noncuranza dell'antico dritto anche in altre congiunture, nelle quali la manifestazione della sua opinione, che era un rimprovero per molti dei suoi contemporanei, avrebbe potuto avere per lui più pericolose conseguenze. Si hanno le seguenti notizie della sua condizione come giurista. Il suo studio ebbe questo di particolare, che dopo avere ricevuto i primi insegnamenti da Trebazio, udì le lezioni di tutti i giuristi di quel tempo, il che gli fece abilità di formarsi una maggiore libertà di opinioni, di quello che lo suole la pratica di attenersi principalmente ad uno. Aveva altresì svariate conoscenze a preferenza del numero maggiore dei suoi contemporanei (5). Il suo ritiro dagli affari di stato gli fece abilità di occuparsi della scienza del dritto, consacrando una metà dell'anno in Roma all'esercizio delle sue occupazioni pratiche, dando pure a molti dei suoi seguaci delle istruzioni a bocca, l'altra all'attività di scrittore. Lasciò 400 volumi ch'ebbero una grande e successiva autorità sul lavoro della scienza del dritto, molti dei quali erano ancora per le mani di tutti al tempo di Pomponio e posteriormente. Nei digesti leggonsi 63 frammenti tratti dai suoi scritti: molto sovente vedesi citato nei frammenti degli altri giureconsulti.

Il secondo dei due mentovati giureconsulti fu C. At. Capitone proveniente da una famiglia elevatasi al tempo di Silla, e che dettesi interamente ai novelli dominatori, il cui favore fu causa che fosse avuto in poca considerazione presso il popolo. Una tale tendenza, quando fosse stata fondata sopra un intimo convincimento, avrebbe potuto essere sicura d'ogni rimprovero al pa-

(1) Dirksen, *Frammenti tratto da Varrone Festo, Gellio e Macrobio* p. 65.

(2) Egli non è compreso nella indicazione dei giuristi, dai cui scritti furono composti i digesti (*index florentinus*).

(3) Appian. *de bell. civ.* IV. 135.

(4) Tacito, *Annal.* 76. Svetonio, *Ottavio.* 54. Importante è il ritratto, che ci è dato di lui in una lettera del suo contradittore in Gellio (XIII. 12) Dopo avere riconosciuto, *Labeonem legum atque morum populi romani iurisque civilis doctum apprime fuisse*, Capitone continua: *sed agitabat hominem libertas quaedam nimia et vecors, usque eo ut D. Augusto iam principe et rempublicam obtinente, ratum tamen pensumque nihil haberet nisi quod iustum sanctumque esse in romanis antiquitatibus legisset. Quum a muliere quadam tribuni plebis adversum eum aditi Gellianum ad eum misissent, ut veniret et mulieri responderet, iussit eum qui missum erat, redire et tribunis dicere, ius eos non habere neque se neque alium quemquam vocandi, quoniam moribus maiorum tribuni plebis prensionem haberent, vocationem non haberent. Posse igitur eos venire et prendi se iubere, sed vocandi absentem ius non habere.*

(5) Gellio (XIII. 10) esprime ciò colla sua forza usuale nel seguente modo: *Labeo Antistius iuris quidem civilis disciplinam principali studio exercuit, et consulentibus de iure publice responsitavit, ceterarum quoque bonarum artium non expers fuit, et in grammaticam sese atque dialecticam literasque antiquiores altioresque penetraverat, latinarumque vocem origines rationesque percalluerat, eaque praecipue scientia ad enodandos plerosque iuris laqueos utebatur.*

ri dell'opposta: ma fu un vitupero il suo, quando per servire il dominatore coll'apparenza di una generosa indipendenza si oppose a Tiberio, che volle menare a termine uno processo contro uno accusato d'ingiuria verso il principe (1). Nella scienza seguì le tracce di Ofilio. Morì sotto Tiberio nell' anno 22.

Pomponio osserva, che fra questi due giureconsolti fuvvi una differenza in quanto al modo di trattare il dritto, non altrimente che fra le scuole dei filosofi: *hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt*. Da ciò originossi un numero di controversie maggiore di quello, che vi esisteva già, e queste crebbero per opera dei loro successori. Vi dovè contribuire moltissimo Labeone, la cui più libera direzione dello spirito, e le cui conoscenze vaste e trascendenti i limiti dell'antica giurisprudenza dovettero condurre a molte novelle opinioni, colle quali si oppose alle precedenti autorità, mentre Capitone attenevasi strettamente alla dottrina tradizionale, e pervenutagli dai predecessori. (2) Si è parlato ed anche novellato moltissimo su questa rivalità scientifica fra Labeone e Capitone. In un tempo in cui si sepperò dire molte cose degli effetti della filosofia stoica sulla giurisprudenza romana fu posto a profitto un tal fatto per indicare Labeone come colui, che principalmente avesse rivendicato ed assicurato allo stoicismo un tale effetto, e più d'ogni altro furon le menti inchinate a far retrocedere fino all'epoca d'una tale discordia i partiti scientifici di questo tempo. Così caldamente fu quistionato nel precedente secolo se dovesse preferirsi il dritto stretto alla equità: e quindi si pretese, che le controversie fra Labeone e Capitone riguardassero questo stesso punto, essendo l' uno difensore del dritto rigoroso, e l'altro della equità.

Ai nostri giorni questo fu ripetuto rispettivamente alla scuola storica ed anti-storica. A ciò si aggiunse ancora un male che sarebbe stato per se stesso capace di mettere a chiaro la irragionevolezza di simili fantasie, ossia che in una tale delineazione dei partiti sorgeva una novella quistione, di cui ciascuno poteva accagionar l'altro. Giacchè essendosi omai di accordo in considerare Labeone come un modello di virtù o di capacità intellettuale, e Capitone per contrario come una intelligenza mediocre, o almeno come cattivo uomo, così ogni partito pretendeva per suo capo il primo rimandando il secondo all'altro, dovendo ciascuno di essi secondo la tendenza di chi parlava sedersi al banco della scuola della equità o del dritto stretto, della storica o della anti-storica. Per compiere la confusione fu amalgamata la rivalità delle loro opinioni politiche colle scientifiche. Limitandosi alle fonti, ossia alle notizie che ci vengono da Pomponio, possiamo ritenere per vero quanto segue.

L'opposizione che divideva quei due giuristi è esternamente quella che esiste fra principii ed opinioni trasmessici per tradizione e sostenute da autorità certe, e la tendenza d'innovare fidente nella propria forza e nella necessità del progresso. Così considerata l'opposizione, noi non potremmo dichiararci nè per Labeone nè per Capitone, purchè non fossimo nel novero di coloro, che considerano utile il movimento in sè stesso anche lo sconsiderato e vacillante o proveniente da debolezza o dalla mancanza d'un punto di appoggio. L' opposizione di Capitone poteva essere lodevole in alcune condizioni, e le innovazioni di Labeone potevano meritare la riprovazione, quando col deviare dalla dottrina tradizionale e col rigettare l'autorità imponente si fosse sacrificata la sicurezza e la certezza del dritto al semplice capriccio o all'amore dei cambiamenti. Ma che le innovazioni di Labeone fossero di ben altra natura, che esse con un grande svolgimento della giurisprudenza riuscissero alla maggiore perfezione di questa, si deduce dal frutto, che le sue opinioni diedero in un tempo, nel quale non potrebbesi spiegare con i pregi esteriori dell'uomo, colle abbaglianti personali qualità, che danno alcune volte una falsa potenza anche agli sforzi immorali. Ch'egli non si fosse lasciato governare da un irragionevole ed illimitato impeto verso le novità, col quale meno di qualunque altra scienza è conciliabile la giurisprudenza, ci è pruovato dal fatto, che i giureconsulti romani, e fra questi anche i suoi più immediati ed intelligenti seguaci, non cessarono mai di riconoscere all' autorità quella importanza, che si avviene ad essa, e di esercitare la grande virtù della contenenza contro la vanitosa mania delle scoverte. Il germe della attività di Labeone non si riponeva in uno speciale principio filosofico, ch' egli avesse posto in movimento per la scienza del dritto, ma nell'avere aperta la giurisprudenza

(1) Tacito, *Annal.* III. 70.

(2) *Nam Ateius Capito in his quae ei tradita fuerant, perseverabat, Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, innovare instituit.*

al benefico potere delle altre scienze avendo con una saggia applicazione delle sue svariate storiche e filosofiche cognizioni soffiata una novella vita in essa, che chiusa in se stessa facilmente s'isterilisce e dissecca. A ciò non basta il semplice possesso di queste più generali conoscenze; anche Capitone non ne pativa difetto; ma in tutti i tempi vivono dotti e colti giuristi, che considerano l'attività giuridica e le altre conoscenze come due parti al tutto separate, che non abbiano alcuna cosa di comune fra loro: quello che distinse Labeone, e con cui potette dare alla giurisprudenza una novella direzione, si fu, ch'egli la fecondò con conoscenze più generali, e studiossi, che queste avessero una forza determinante sulle sue idee giuridiche.

È facile comprendere, che questa tendenza di Labeone doveva condurre a molte novelle opinioni sulle singole materie del dritto, le quali addivennero obbietto di controversia fra lui e Capitone, giacchè questi attenevasi alle opinioni sino a quel tempo ammesse e particolarmente a quelle appruovate dal suo maestro. Queste controversie passarono ai loro seguaci e successori, ed aumentandosi anche maggiormente fra essi cagionarono la distinzione di due partiti. Questi partiti furono detti dai romani *scholae* usando i giuristi per la loro scuola l'espressione *nostri praeceptores*, quelli dell'opposta *diversae scholae auctores*. Occorre anche il nome *sectae*, ma impropriamente ed usato a causa del paragone colle scuole dei filosofi. L'una di esse, che si riportava a Labeoue, è detta *schola Proculianorum* (o *Proculeianorum*) l'altra, che considerava Capitone come suo autore, *schola Sabinianorum* o *cassiana*.

La succesiva durata di queste scuole non si fonda sopra un perenne rinnovamento di quella differenza essenziale nella trattazione del dritto fra Labeone e Capitone, sicchè quello che fu detto del carattere scientifico dell'uno e dell'altro, fosse applicabile all'opposizione fra tutti i proculiani ed i sabiniani: che anzi il novello impulso, che la scienza aveva ricevuto da Labeone, non mancò di estendere la sua generale efficacia a tutti i giuristi posteriori anche ai seguaci immediati e mediati di Capitone in quanto riguarda la trattazione del dritto, e la necessità d'una dimostrazione ragionevole dei principii di questo. Dall'altra parte, poichè erano rotte una volta per mezzo di Labeone le catene dell' antica giurisprudenza e della autorità inaccessibile dei primitivi giurisperiti, mancò l'occasione di rinnovare la lotta in ogni novella generazione. Quello che piuttosto sostenne queste scuole, fu una specie di pietà verso i loro autori volendo difendere nel dubbio l' opinione di essi, ed il bisogno che sentiva ogni apprendente di attenersi ad una autorità già stabilita (1). Non le scuole produssero le controversie, ma queste occasionarono le scuole. Le controversie fra Labeone e Capitone furono la causa di quelle scuole: originaronsi fra questi giuristi in tanto numero ed importanza a causa delle loro differenti tendenze scientifiche: si protrassero fra i loro successori come controversie di scuole non a causa di una tale loro intima fonte, ma perchè non erano ancora mature per un aggiustamento, e per ciascuna delle opinioni differenti erano di grande aiuto le autorità. Si moltiplicarono, perchè ogni novello pensiero di un giurista traendo seco tutti i seguaci di questo, addiveniva opinione comune di questa scuola. Relativamente alla pratica questo era evidentemente più vantaggioso, che se ogni giurista dopo il primo movimento dato da Labeone concentrandosi in se stesso avesse corsa una via propria, formandosi in tal modo nell'applicazione del dritto lo stato di confusione *tot capita tot sententiae*. Con queste scuole non veniva impedito il trionfo della verità, ma si raffrenava la dannosa tendenza di riuscire con una attività isolata in quello, che era il lavoro di una generazione intera. Del resto oltre le opinioni comuni delle scuole eranvene naturalmente molte, le quali non poterono acquistare una tale qualità, e che trovarono i loro seguaci e contradittori in entrambe le scuole. Caio (III.-140) riporta un caso, in cui Cassio fu della opinione di Labeone, mentre Proculo seguì quella di Ofilio maestro di Capitone. Il simigliante avvenne anche per molte altre opinioni dei posteriori rappresentanti o seguaci delle scuole.

Non poche controversie sono espressamente indicate come esistenti fra le due scuole: per alcune una tale qualità è probabile anche senza un tale espresso testimonio: bisogna però guardarsi di considerare come controversie delle scuole, e non degl' indi-

(1) Questa tenacità alle opinioni dei maestri non ha alcuna cosa di comune colla nostra attività letteraria: potrebbe essere assimigliata piuttosto al modo di decidere dei nostri tribunali, che anche nel dubbio, e quando una opinione non conserva più la medesima certezza, sono restii a dipartirsi da quella che fu veramente ammessa sino a quel tempo.

vidui, quello che sono riportate come semplici quistioni, senzachè si avesse una ragione sufficiente per inserirle nel novero delle prime (1). Più difficile che anzi in qualche modo impossibile è la distinzione di quelle, le quali dovettero essere ventilate dallo stesso Labeone. In alcuni casi trovasi espressamente indicato il suo nome in queste controversie (2); per altre havvi nella loro stessa qualità una ragione per farle risalire fino a lui. Vi ha motivo di dubitare, quando in simili casi per indicare l'opinione della scuola sono nominati alcuni capi, e senza fare menzione di Labeone s'incomincia da Nerva o da Proculo, potendo ciò provenire dalla ragione, che furono questi i primi a ventilare una tale quistione (3). Ce ne porge un esempio la controversia sulla qualità di alcune cose come *res mancipi*. Fra queste erano comprese indubitatamente gli animali indigeni della Italia sia da tiro o da soma. Erasi prima considerato senza alcuno distinzione ogni animale di questa specie come *res mancipi*: a ciò si limitarono i Sabiniani; i Proculeiani pretesero, che l'animale fosse stato già realmente usato per il tiro o per il trasporto, o che almeno ne avesse la capacità per gli anni. Questa opinione è fondata sulla tendenza di estendere l'efficacia dei modi naturali di acquistare, sicchè i puledri ed i vitelli potessero essere alienati per semplice tradizione, ed acquistati in proprietà *ex iure quiritium*. Era questa una novità tanto straordinaria, che aveva bisogno d'una autorità così imponente, qual'era quella di Labeone, e per questa sua qualità accenna ad un autore che fece molte innovazioni: si avviene puro ad un tempo, in cui la differenza fra la proprietà *ex iure quiritium* e naturale era ancora d'una qualche importanza anche per quelle cose, ed in cui il dritto del censo al quale riferivasi la proprietà *ex iure quiritium*, aveva tuttavia una validità pratica. Ma Caio (II. 15.) cita *Nerva Proculus et ceteri diversae scholae auctores* per quella opinione, quando, del che non può dubitarsi, fosse vera la lezione del primo nome.

Giureconsulti delle due scuole.

§. XCIX.

Fra i seguaci di Labeone si fece notare M. Cocceio Nerva amico intimo di Tiberio, console nel 22 (775). L'anno 33 disperando della salute dello stato e della sua propria prese la deliberazione di darsi la morte, e l'attuò in opposizione delle istanti rimostranze di Tiberio (4). Fu uno dei principali rappresentanti della scuola proculiana, e come tale ed anche senza ciò è citato sovente; ma non si ricorda alcuno scritto particolare di lui. Ebbe a suo contrario M. Sabino successore di Capitone, ed attivo ancora sotto Nerone (5). Fu questi il vero fondatore della scuola, che da lui denominossi sabiniana: il che si spiega nel seguente modo. Capitone è citato dai giureconsulti posteriori molto raramente, ma non mai nelle controversie fra le scuole. Egli piuttosto ch'esporre opinioni proprie aveva difese le antiche contro Labeone, essendo stata una opposizione passiva la sua. Ben altra cosa deesi dire di Sabino: egli non limitossi alla semplice tradizione, e sebbene non si facesse seguace delle particolari opinioni di Labeone, pure seguì il movimento generale, che questi aveva dato alla scienza, e per il quale l'esposizione di novelli concetti non era più cosa da destare meraviglia. Così fermossi particolarmente per opera sua una quantità di opinioni, che sebbene differenti da quelle di Labeone e dei suoi seguaci non avevano almeno in parte l'autorità degli antichi. La personale autorità di Labeone e di Nerva aveva operato, che le loro opinioni fossero già divenute predominanti in un certo grado; da ciò provenne, che i seguaci delle opinioni sabiniane avessero non prima di quel tempo ottenuto un nome speciale. Sabino ci porge l'esempio d'un giureconsulto, che fecesi grande nella opinione

(1) Per la distinzione delle controversie delle scuole da quelle, che precedentemente ed arbitrariamente furono fuse in quelle, ha resi importanti servigi Dirksen, *Sulle scuole dei giuriconsulti romani, Elementi per la conoscenza del dritto romano.* Trat. I.

(2 Caio, II. 231 *L.* 14 §. I. *D. de instr. leg.* (33. 7.) *L.* 15. §. 32. *D. de damn. inf.* (39. 2.) *L.* 3. §. 5. *D. de acq. poss.* (41. 2.) *L.* 95. §. 7. *D. de solut.* (46, 3.)

(3) Deesi però fare attenzione, che alcune volte poteva essere causa d'un tal modo di citare la semplice commodità di coloro che lo facevano.

(4) Tacito, *Annal.* VI. 26. Dione Cassio LVIII. 21. Quest'ultimo pone un tale avvenimento in connessione coi provvedimenti, che furono presi a quel tempo contro la penuria sempre più crescente del numerario, e la quantità dei debiti (Tacito *Annal.* VI. 16. 17) senzachè però si scorgesse chiaramente una tale connessione.

(5) Cajo, II. 218.

pubblica colla sola forza della scienza e senza altri aiuti: giacchè era povero, tanto che dovette essere sostentato dai suoi seguaci, e non prima della età cadente fu ammesso nella classe dei cavalieri, al di là della quale non fece altri avanzamenti. Ciò non ostante ricevette sotto Tiberio il *ius respondendi*, che, come faremo conoscere appresso, non era una distinzione di poco momento. Fra le sue opere è lodato particolarmente un manuale: *libri tres iuris civilis*, che fu avuto in tanto pregio che fino agli ultimi tempi della giurisprudenza classica servì di norma per la formazione di più lunghi commentari (1). Non è improbabile, che l'ordine generale di esso fosse stato modellato sui *libri* XVIII *iuris civilis* di Scevola.

A Nerva tenne dietro Proculo (2) L'origine del nome Sabiniana per una scuola fu causa della denominazione Proculiana per l'altra. È questa una bastante pruova, ch'egli fu un giureconsulto di grande merito: è pure citato sovente ed è il primo, del quale dopo Labeone occorrono nei digesti i frammenti (37). Fu suo contrario il sabiniano Cassio Longino, dal quale ripete la scuola il secondo nome di Cassiana. Fu un uomo, ch'ebbe anche una importanza politica, ed il suo nome occorre sovente nella storia di quel tempo. Sotto Nerone divenne terribile o importuno al senato ed al principe per i suoi sentimenti che ritraevano dell'antica alterezza romana, ed il tiranno liberossi infine col bando di lui divenuto già cieco sotto il pretesto, che non aveva esclusa dalle imagini dei suoi antenati quella di Cassio, uccisore di Cesare (3). Morì richiamato sotto Vespasiano. Sotto Nerone, quando il senato in occasione d'una felice spedizione militare voleva elevare a giorni di festa quelli della vittoria, della notizia, e l'altro in cui trattavasene in senato, si oppose a questa ridevole novità coll'osservazione, che sebbene per rendere bastanti grazie agli Dei per un tanto bene avventurato avvenimento non bastassero tutti i giorni dell'anno, pure era necessario lasciarne alcuni per le faccende del mondo (4); queste parole che mal nascondono il sarcasmo gli procacciarono la lode di religioso da uno dei più moderni giuristi. Egli scrisse fra gli altri alcuni *libri iuris civilis*, che in varie guise furono messi a profitto dai giureconsulti posteriori. Contemporaneamente a questi vissero altri giureconsulti, a cui essi entrarono innanzi per autorità, per esempio un altro Longino, quindi Nerva il giovine (*Nerva filius*, di quello già mentovato), di cui raccontasi, che sebbene vecchio di settant'anni abbia adempito l'officio di rispondere (5), e che occupò sotto Nerone un importante posto politico: inoltre Urseio Feroce, Atilicino ed altri.

Successori di C. Cassio fu C. Sabino, che console nel 69 ebbe molta autorità sotto Vespasiano. Fu suo contrario, come seguace di Procolo, Pegaso prefetto della città sotto Vespasiano ed anche console: che la sua scuola avesse preso da lui un secondo nome, ossia quello dei Pegasiani, è una semplice invenzione dei moderni. Nel medesimo tempo visse probabilmente anche Plautio, che sembra avere composto un manuale sul quale scrissero i giureconsulti posteriori (*libri ex Plautio ad Plautium*).

Fu successore di S. Sabino nella scuola dei sabiniani Giavoleno Prisco, dai cui scritti 206 frammenti furono tratti per i digesti. La sua distrazione nel turbare con una parola giuridica inopportuna la lezione d'un amico, ch'essendo concittadino di Properzio credevasi nato per la poesia, porge occasione a Plinio (*epist.* VI. 15) che racconta un tal fatto di fare la seguente riflessione: *est omnino Priscus dubiae sanitatis, interest tamen officiis, adhibetur consiliis, atque etiam ius civile respondet: quo magis quod tunc fecit, et ridiculum et notabile fuit.* Questo fatto anche nel modo in cui è raccontato non contiene la pruova d'una vera infermità di spirito, ma al più d'una abituale distrazione, che Plinio potette bene denominare *deliratio*, e che non

(1) *Libri ad Sabinum* di Pomponio (almeno 36 *libri*), di Ulpiano (almeno 51), di Paolo (almeno 47) il sistema ci è fatto conoscere da Leist, *Storia dei sistemi del dritto romano* 1550, p. 44 e Tav. 1. differentemente da quello di Giac. Gotofredo sarebbe il seguente: testamento, legato, tradizione, matrimonio, dote, tutela, furto, condizioni, vindicazioni, e secondo le espressioni moderne il dritto di successione, di famiglia, obbligazioni, dritti reali; l'opposto del nostro sistema delle Pandette. È manifesto però, che il sistema del dritto civile comprendeva soltanto i modi onde originavansi i rapporti giuridici (*de rebus et earum adquisitione*) fra i quali precede tutti gli altri il dritto di successione, come il più originale.

(2) *Sempronius Proculus* secondo la *L.* 47. *D. de leg.* II. (31).

(3) Tacito, *Annal.* XVI. 7. 3. Svetonio, *Ner.* 37.

(4) Tacito, *Annal.* XIII. 41.

(5) *L.* 1. §. 3. *D. deposit.* (3. 1.)

rendeva impossibile, per quanto grande si fosse, la sua attività negli affari come uomo politico e come giureconsulto, dovechè in caso di demenza o follia potrebbesi appena ammettere la sua tendenza verso le cose di stato. I capi della scuola proculiana furono dopo Pegaso Celso il padre, ed il suo rinomato figliuolo P. Celso. Questi fu in varie guise attivo negli avvenimenti pubblici; prese parte alla congiura contro Domiziano a favore di Nerva, sotto Nerva ed i seguenti principi fu pretore e due volte console, ed operoso anche sotto Adriano (1). Dei suoi XXXIX *libri digestorum* occorrono 142 frammenti nei digesti: oltracciò vedesi sovente citato anche in altri luoghi essendo pure letteralmente riportate molte sue parole. Egli è nel novero dei più grandi scrittori di dritto, e niuno lo pareggia in precisione e profondità di pensieri. Ch'egli alcune volte condanni senza riguardi una erronea opinione (2), lo ebbero a male non i suoi concittadini (3), ma alcuni moderni scrittori. Ciò non sarebbe però avvenuto, quando non vi fosse un *responsum* di lui, in cui risponde ad un richiedente (un tal Domizio Labeone): *aut non intelligo quid sit, de quo me consolueris, aut valide stulta est consultatio tua. plus enim quam ridiculum est dubitare, an aliquis iure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit* (4). Da ciò originossi l'uso *quaestio domitiana* una dimanda, che avesse molto del semplice, e *responsio celsina* una risposta brusca. Senza dubbio è concepibile una risposta fatta con maggiori riguardi, ma non vi abbisogna una speciale tendenza alla bruschezza, perchè un uomo molto occupato respinga in una sola volta una dimanda erroneamente fatta, invece di rettificarla (5). Contemporaneo al giovine Celso fu il proculiano Nerazio Prisco, che stette tanto alto nella considerazione di Traiano, che generalmente parlavasi, ed era pure confermato con delle espressioni del Principe, che questi dovendo scegliere alcuno aveva il proposito di nominar questo e non Adriano a suo successore (6). Dai suoi scritti 64 frammenti furono tratti ed inseriti nei digesti. Un suo contemporaneo T. Aristone è lodato particolarmente dal suo amico Plinio come il più nobile uomo ed una miniera di conoscenze.

Pomponio chiude il novero dei giureconsulti coi successori di Giavoleno Prisco (sabiniani) Aburno Valente, (20 frammenti nei digesti) Tusciano, e Salvio Giuliano. Quest' ultimo fu maggiore di tutti gli altri per fama al tempo di Adriano; ed anche presso i posteri, sieno giuristi o legislatori, sembra avere avuta un'autorità più che ordinaria, ch'egli deve certo anche ai suoi scritti, ma molto più forse alla partecipazione all'amministrazione e legislazione, ed in generale al posto politico, ch'egli si ebbe sotto Adriano e successori di questo. Dette opera con altri alla formazione dell' editto pretorio ordinata da Adriano, e del quale faremo parola appresso: fu pretore egli stesso, due volte console e prefetto della città. Il suo principale scritto furono *libri* XC *digestorum*; leggonsi nei digesti 457 frammenti di lui, tratti in massima parte da questa opera. Oltracciò Giuliano è citato molto frequentemente dagli altri giureconsulti, molto più di Labeone, che per altro lo è più dei rimanenti.

Il più giovine contemporaneo di Giuliano fu sesto Pomponio, dal quale ci pervennero le riportate notizie: occorrono di lui nei digesti più frammenti (585) che di qualunque altro dei predecessori. Egli era cassiano (7), e lo addimostra nella enumerazione che fa dei precedenti giuristi, e con

(1) Spartian. *Hadrian.* 18.

(2) L. 67. §. 2. *D. de furt.* (47. 2.) L. 59. §. 1. *D. de hered. inst.* (28. 5).

(3) Per contrario Ulpiano dice in tale occasione: *istam sententiam Celsus eleganter deridet* L. 10. §. 1. *D. de negot. gest.* (3. 5.) Così anche Paolo cita le parole: *in quo genere (quaestionis de equo et bono) plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose erratur*, senza dichiarare, che egli pensi, che il giovine Celso abbia preteso troppo di se.

(4) L. 27. *D. qui testam.* (28.1.)

(5) La quistione si era: *quaero an testium numero habendus sit is, qui cum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque, cum tabulas scripsisset signaverit*: ossia richiesto alcuno di scrivere un testamento, ed avendolo realmente scritto, addiviene oltracciò uno dei testimoni, che sigillano il testamento: può questi essere considerato come testimone. Un tale quesito è sciocco, giacchè la difficoltà, che si ha presente è la incompatibilità dello scrivere e del fare da testimonio: Se il richiedente avesse avuto presente qualche altro dubbio più ragionevole, Celso ne fa espressa riserva colle parole: *aut non intelligo.* Ma una tale possibilità non era facile, quando si consideri, che lo scrivere il testamento non fa parte della formazione di questo, che comincia piuttosto posteriormente, sicchè l' uno non è un atto contemporaneo dell'altro.

(6) Spartian. *Adrian.* 6.

(7) Caio II. 218.

ciò si spiega, perchè denomina C. Cassio *Caius noster* (1). Senza alcuno bisogno si è voluto ammettere un doppio Pomponio. La ragione principale si fu, che nel testo della *L.* 41. *D. de her. inst.* (28. 5), la quale è intitolata da Pomponio leggonsi in fine le parole: *ut refert Sextus Pomponius*. Ma una tale ripetizione del nome occorre sovente nella formazione dei libri giustinianei: essa pruova soltanto che gli autori di questi non trassero il frammento direttamente dall'opera del giureconsulto ma da qualche altra. Non è dunque Pomponio, che citava Pomponio come un secondo (2). Contemporaneo di lui fu Sesto Cecilio Africano. Si ricordano delle interrogazioni da lui fatte a Giuliano (3): è riportato altresì come testimonio di quello che opinava Giuliano sopra alcuni punti (4), ed egli stesso espressamente si riferisce una volta all'autorità di questo (5): da tutto ciò può dedursi, che dovette essere discepolo o seguace di Giuliano. Egli è senza dubbio il medesimo giurista Sesto Cecilio, che in un dialogo in Gellio (XX. 1) difende i pregi delle leggi delle XII tavole contro il filosofo Favorino: anche dai giureconsulti posteriori è citato sovente soltanto con questo nome: 131 frammenti trovansi nei digesti tratti dai suoi IX *libri quaestionum*, che sono una collezione delle trattate quistioni, e dei dati pareri: la loro difficoltà è passata in proverbio (6). Si fa conoscere come seguace di Giuliano (quando in tal modo vogliasi intendere l'espressione *Julianus noster*) Terenzio Clemente, di cui leggonsi 35 frammenti nei digesti presi dai suoi XX *libri ad L. iuliam et papiam*. Sono di questo stesso tempo Giunio Mauriciano (4 frammenti nei digesti) Volusio Meciano (44 framm.) morto sotto Marco Aurelio, che aveva appresa la giurisprudenza sotto la sua direzione (7), e probabilmente anche Claudio Saturnino, del quale leggesi un solo frammento (*L.* 16. *de poen.* 48. 19) nei digesti.

Contemporaneo dei precedenti Caio ebbe una fama più viva presso i posteri più di tutti gli altri giureconsulti classici particolarmente per i suoi *Institutionum comentarii quatuor*, che nel seguente periodo furono il libro comune per il primo insegnamento del dritto: per noi à una maggiore importanza, stantechè quest' opera scampò al naufragio dell'antica letteratura del dritto romano più compiuta di qualunque altra. Ciò valse pure a raccomandare i suoi rimanenti scritti: leggonsi di lui, il cui compiuto nome non ci è noto, e del quale non fa menzione nessun giureconsulto o scrittore storico di quel tempo, 535 frammenti nei digesti. Visse sotto Adriano, Antonino Pio e Marco, e scrisse le sue istituzioni sotto il governo di quest' ultimo. I due fatti, che egli porti soltanto quel primo nome, e che non sia citato dai giuristi posteriori, che dovettero certamente conoscerlo, e sembrano averne pure tratto profitto (8), generarono la presunzione, che egli avesse avuto anche un'altro nome, sotto il quale sia citato dai giuristi, e che nel tempo successivo dovette essere obbliato per l'uso molto comune di esprimere la sola prima parte del nome. È al tutto arbitrario ammettere, ch'egli avesse avuto un secondo nome quandochè i suoi scritti sono indicati col semplice primo nome, come parimente è una supposizione al tutto improbabile, che ciò sia avvenuto posteriormente. Non è però affatto strano o insolito, come lo pruova l'esempio di Servio, di Appio e di altri, che l'altra parte del nome, fosse caduta in dimenticanza; e ciò si spiegherebbe molto più facilmente, quando Caio fosse stato un uomo di umile nascita, non avendo egli stesso occupato alcun importante pubblico posto da nobilitare la sua famiglia. È indubitato, ch' egli non è citato con un tale secondo nome dai giureconsulti; e questo è inconcepibile per uno scrittore ch' ebbe una autorità e che tanto fu messo a profitto; sarebbe naturale, quando fosse stato un semplice dotto, dal quale potevasi invero apprendere qualche cosa, ma che non poteva giovare alla pratica. Una tale autorità è riconosciuta agli scritti di Caio con una legge che appartiene al seguente periodo storico; dal che si deduce che i suoi scritti non avevano una tale autorità per se stessi, e che egli non era nel novero dei *iuris auctores*, con una parola, fu un giureconsulto, che

(1) L. 39. D. *de stip. serv.* (45. 3).

(2) Una più debole ragione si è, che Giuliano cita sovente Pomponio, e si considera quindi per improbabile, che avesse ciò potuto avvenire per un contemporaneo più giovine, e meno rinomato. Questa ragione non merita una speciale confutazione.

(3) L. 3. §. 4. *D. de agnosc. lib.* (25. 3). L. 39. D. *de leg.* I (30).

(4) L. 45. *pr. D. de act. emt.* (19. 1.)

(5) L. 38. *pr. D. de cond. ind.* (12. 6.)

(6) *Africani lex i. e. difficilis.*

(7) Capito I. *Marc.* 3.

(8) Nei frammenti di Ulpiano scorgesi una simiglianza da non potersi sconoscere col modo di esporre usato nelle istituzioni di Caio.

non ebbe il *ius respondendi*, mentre forse teneva una scuola di dritto. Con ciò si accorda, che fra i suoi svariati scritti non occorrono *responsa*, *quaestiones* e simiglianti, ma sussiste per contrario un *liber de casibus*, nel quale raccolse i casi più notevoli, niuno dei quali è deciso da lui, e che in parte sono supposti (1). I suoi principali scritti sono i comentari alle XII tavole, alla legge giulia e papia, agli editti pretorii, edili, e provinciali, ai quali vedonsi aggiunte anche alcune monografie, infine le istituzioni ed i *libri* VII *rerum quotidianarum s. aureorum*. Di questi ultimi occorrono nei digesti soltanto dei frammenti dei tre primi libri, dai quali si scorge, che quest'opera aveva una simiglianza colle istituzioni, e colle quali è anche confusa dagli autori delle istituzioni giustinianee.

Debbonsi oltre a ciò lodare le istituzioni di Caio per la considerazione, ch'esse per quanto almeno ci è noto, furono il primo libro (che portasse un tal titolo), per l'insegnamento primario. Sicchè dobbiamo considerarne l'esposizione e l'ordine non come una semplice imitazione dei precedenti sistemi, ma come una creazione propria dell'autore. Comincia col commentare i due elementi essenziali del dritto romano, *ius civile et gentium*, e le differenti forme, sotto le quali il dritto si manifesta: *leges*, *plebiscita*, *senatus consulta*, *constitutiones principum*, *edicta eorum qui ius edisendi habent*, *responsa prudentium*. Egli ne incomincia una più larga esposizione colla osservazione, che nel giudizio d'ogni fatto giuridico occorrono come momenti, la persona, l'obbietto, ed il modo di assicurarli: *omne ius quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*. È suo proposito esporre questo dritto delle persone, delle cose e delle azioni come la base della giurisprudenza. Comincia dalle persone e colla esposizione delle differenti condizioni giuridiche di esse, le quali condizionano e modificano la loro ammissione nelle relazioni del dritto. Egli pone tre distinzioni delle persone; quella in liberi e schiavi, accennando pure al passaggio dalla schiavitù alla libertà; quella delle *personae, quae sui iuris et quae alieno iuri subiectae* (*in potestate*, *manu*, *mancipio*) *sunt*, trattando egualmente del passaggio da una classe nell'altra; quella infine delle persone soggette alla tutela, e che ne sieno esenti. Con ciò si chiude il primo libro; il secondo tratta del dritto delle cose, della dottrina delle qualità, dalle quali dipende la loro capacità di essere obbietto dei rapporti giuridici (a ciò si riferisce la distinzione *in res divini et humani iuris*, e delle ultime in *publicae et privatae*), e delle altre qualità, da cui è determinato il modo, ond'esse sono o addivengono obbietto delle relazioni giuridiche. Questo è il senso della divisione *in res corporales et incorporales*: le prime sono le cose, le seconde i rapporti giuridici concepiti come obbietto di altri fatti e relazioni di dritto (della compra, della vendita, del reclamo giudiziario): *iura*, *hereditates*, *obligationes*. Rispettivamente all'acquisto ed all'alienazione delle *res corporales et incorporales*, è di grande importanza la distinzione *in res mancipi* e *nec mancipi*. Riguardo a queste sono in prima considerati i modi di acquistare delle singole cose (corporali ed incorporali): *mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*, *usucapio* ec: a queste *adquisitiones singularum rerum* sono contrapposte le *adquisitiones per universitatem*, che avvengono per mezzo della trasmissione d'una universalità di beni, fra cui è principale la *hereditas*, la quale in quanto ai suoi elementi fondamentali (successione testamentaria ed intestata) non esclusi gli altri particolari vi è trattata diffusamente. Dopo tutto questo, la cui esposizione giunge fino al terzo libro, leggesi una trattazione speciale, e che si estende fino alla fine del medesimo libro, d'una specie di cose incorporali, che si differenziano moltissimo dalle altre; queste sono le obbligazioni, di cui si espongono i differenti modi onde si originano e si estinguono. Il quarto libro infine contiene il libro delle azioni, la procedura onde si attuano i rapporti giuridici, ossia la dottrina delle azioni, delle eccezioni, e degl'interdetti. Il giureconsulto, che non ha certo il proposito di scrivere un trattato di procedura, non lascia però d'indicare in conchiusione i mezzi, coi quali è portato alla cognizione giudiziaria un reclamo, che ci appartiene (2).

(1) Questo è pure confermato da un frammento (L. 9. *D. de relig.* 11. 7.), nel quale Caio sopra una opinione dominante, che egli non può ammettere, si esprime tanto riservatamente, che non l'avrebbe fatto un giureconsulto, che aveva la coscienza di avere un'autorità, ed un riconosciuto predominio sulla pratica. Anche la parola *fortassis* nella L. *D. de litig.* (44. 6.) sembra esprimere la medesima riservatezza.

(2) Considerando una tale divisione in *personae*, *res*, *actiones*, può dimandarsi, quali sieno secondo l'ordine seguito da Caio i limiti fra la seconda e la terza parte. Teofilo (*paraphr.* III. 15. *pr.* IV. 6. *pr.*) li pone prima delle obbligazioni considerando que-

Caio è l' ultimo giureconsulto che ci si fa conoscere come sabiniano. Ogni traccia di esistenza della scuola proculiana perdesi già prima di questo tempo, stantechè dopo Celso e Nerazio Prisco non occorre più alcun giurista proculiano. In qual modo può spiegarsi la cessazione di questa diversità di scuole? Molti precedenti storici del dritto scopersero sopra alcune notizie, (del cui contenuto reale faremo parola trattando degli editti dei magistrati), un codice formato per ordine di Adriano; con ciò, fu opinato, furono definite le controversie delle scuole, e tolto a queste il loro elemento di vita. Altri pensarono, che a lato a quelle scuole formossene successivamente una terza di eclettici, che soppresse infine le prime, e fu per essa trovato pure un nome, facendo che si addimandassero i suoi seguaci *miscelliones* o *herciscundi*. Tutto questo è una fantastica invenzione, che non ha altro fondamento che il fatto della sparizione delle scuole. Poichè si ebbe imaginato, che ciò sia avvenuto coll'origine degli eclettici, fu dato loro anche d' un modo egualmente arbitrario il primo di quei nomi (1): il secondo si fonda oltreciò semplicemente sopra una falsa emenda (2).

L'opinione vera potrebbe essere la seguente. Verso la metà del secondo secolo la forza dell'autorità era divenuta per effetto delle scuole troppo predominante: era cominciata un' epoca simile a quella di Augusto. Qualche giureconsulto potette avere a sdegno di seguire le opinioni dei suoi maestri, o di decidersi per una delle due scuole, dovechè forse sentivasi abbastanza forte da seguire da se stesso una via propria e senza appoggiarsi ad una specie di associazione. L'esistenza delle scuole aveva avuto i suoi vantaggi: ma facevansi ora sentire pure i disvantaggi: il seguire tenacemente le opinioni tradizionali delle scuole, se riusciva gradito per le menti più deboli le quali senza dubbio intendevano farle valere col rimprovero dell'apostasia, era a noia degl' ingegni più forti. Sovrastava in tal modo il pericolo della perdita di quel più libero movimento della scienza originatosi da Labeone. Potevasi rimuovere un tal pericolo non tenendo più conto della opposizione delle scuole, il che avvenne facilmente, quando uomini di merito, che seguendo il precedente uso si fossero fatti conoscere ad una della scuola, ebbero a sdegno una tale servilità, ed allontanandosene ed in tal modo lasciando pure l'altra scuola senza un presente contradittore, toglievano a questa l' occasione della durata. È degno di osservazione, che una tale novella direzione sembra essere cominciata da quella parte, che considerava Labeone come il primo suo propugnatore; ma quella trovò minore opposizione di questo; non originossi per mezzo di essa alcuna novella scuola: ed anche dalla parte sabiniana sentissi il medesimo bisogno d' un progresso: nello stesso Caio che nella sua posizione trovò fino alla fine vantaggioso il sostegno d' una scuola, e col quale morì forse l' ultimo sabiniano, si scorgono già gl' indizi d' un giudizio più imparziale su quelle controversie (3). Ma

ste come una introduzione alle azioni. Una tale opinione fu difesa da Hugo in molti luoghi dei suoi scritti con un zelo indefesso, e con una compiuta esposizione di tutte le ragioni. Poichè la mia opinione sul sistema di Caio fu principalmente sostenuta da Böcking, mi sembra indubitato, che Caio noverava le obbligazioni tra le cose. Egli non solamente le riporta II. 14 tra gli esempii delle *res incorporales*, ma parlando della capacità di applicare la *mancipatio*, la *in iure cessio* ecc. alle *res corporales et incorporales*, comprende novellamente fra le ultime dopo l' eredità anche le obbligazioni II. 38. *obligationes quoque modo contractae nihil eorum recipiunt*, come appresso II. 85 espressamente denomina la *obligatio* una *res mancipi*. Così pure alla trattazione speciale della *hereditas* succede nel medesimo ordine quella della *obligatio*: l'esposizion particolare ed indipendente delle *res corporales et incorporales* in III. 83 è soltanto apparente; chè anzi Caio contrappone quì le *res corporales et incorporales* le quali *alicuius sunt* a quelle che *alicui deditae sunt*. Tutta l' esposizione del sistema pruova: che Caio concepiva le obbligazioni come *iura ad rem*.

(1) *Miscelliones*, dice Paolo Diacono *ex Festo*, *appellantur*, *qui non certae sunt sententiae*, *sed vanorum mixtorumque iudiciorum sunt*. Quì però non parlasi di giuristi.

(2) Servio (*Ad Virg. Am.* III. 68) alle parole: *animanque sepulcro condimus* riferisce le opinioni di Platone e di Pitagora sullo stato delle anime dopo la morte per spiegare, perchè avesse detto precedentemente, che gli stoici seguivano una opinione di mezzo. Le sue precedenti parole sono: *rite ergo reddita legitima sepoltura, redit anima* (che fino allora fu vagante) *in quietem sepulcri*, *quam stoici terris condi*, *et medium seculi tamdiu durare dicunt*, *quamdiu durat et corpus*. Caiacio in vece di leggere *terris condi* ha letto *herciscundi*, ed ha riferita questa espressione ai giuristi. Il significato delle parole è piuttosto il seguente: gli stoici dicono, che l'anima sia sotterrala col corpo, ossia essi rappresentano l' opinione media, ch'essa duri tanto quanto il corpo, col quale viene sepellita. *Dicunt* deve essere riportato a *condi*.

(3) Caio, III. 98.

anche in questa repellenza all' abuso dell' autorità lo spirito pratico dei Romani si tenne lontano da un dannoso isolamento degl'individui; i giureconsulti posteriori continuarono a trarre accuratamente profitto dagli anteriori: rimase permanente e viva in essi la coscienza di essere membri cooperanti d' un più alto organismo.

Nell' intervallo di meno di cinquantacinque anni dagli Antonini fino ad Alesandro ed i suoi immediati successori mostrossi attivo un gran numero di giureconsulti, dai cui scritti furono presi molti frammenti per i digesti giustinianei. Sono in questo novero: Papirio Giusto (16 frammenti nei dig.) Tarrunteno Paterno, (2 frammenti nei dig.) che prefetto pretorio sotto Commodo fu condannato a morte per una asserita congiura (1). Ulpio Marcello (159 framm. nei dig.) membro del consiglio di Marco Aurelio (2), sotto Commodo capitano nella Brettagna, ed odioso al principe per la sua capacità e virtù (3); Q. Cervidio Scevola (307 framm. nei dig.), del cui retto consiglio si valse particolarmente Marco Aurelio (4): fu il precettore del susseguente principe Settimio Severo (che fu rispondente sebbene non scrittore) e Papiniano (5). I suoi principali scritti sono: *libri VI responsorum*, *libri XX quaestionum*, e *libri XL digestorum*. Nella collezione dei responsi sono esposti i fatti nella necessaria estensione, ma le decisioni sono espresse ordinariamente soltanto con poche parole e senza l' esposizione delle ragioni (6): nelle quistioni si ebbe per scopo l' esame più vasto e la giustificazione delle risoluzioni, anche i suoi digesti contengono dei responsi alcune volte riportandone semplicemente la decisione (7), altre volte come nei responsi accennandone le ragioni (8): Tertulliano, (45 frammenti nei dig.): Claudio Trifonino (79. framm. nei dig.) sotto Severo e Caracalla; al medesimo tempo Arrio Menandro (6 framm. nei dig.): V. Saturnino (71), e Giulio Aquila (2 framm.). Rutilio Massimo (1 framm.) sotto i mentovati imperadori e posteriormente vissero: Callistrato (99). Licinio Rufino (17): Elio Marziano (275): Emilio Macero (62): Florentino (42 frammenti tratti dai suoi XII *libri institutionum*, nei quali seguì un ordine diverso da quello di Caio, in quanto il dritto di successione ne forma la conchiusione, o almeno ne sta quasi alla fine); Furio Antiano (3 framm.).

Più grande di tutti questi, che furono suoi contemporanei fu Emilio Papiniano, il più rinomato fra tutti i giureconsulti romani, al quale gli scrittori e gl'imperadori posteriori rendono un omaggio, che l'uguale non si ebbe da alcun altro giureconsulto. È degno forse pure di osservazione, che questo rispetto era interamente dovuto. Ne fu ragione non solamente la chiara sua condizione politica, la lunga attività nel servizio dello stato, ch'era già cominciata sotto Marco Aurelio, e l'ufficio a quel tempo il più importante dopo il principato, quello di prefetto pretorio, giacchè questi onori furono comuni anche ad altri, nè solo pure la sua grandezza come giureconsulto pratico e scrittore, sebbene in ciò pochissimi lo pareggiassero, ma l' integrità dell' indole, ch' egli accoppiava a questa qualità, ed una forza morale, che nobilitava tutta la sua attività, e lo faceva apparire come modello di un vero giureconsulto. L'intima amicizia, nella quale visse con Severo lo persuase a farsi mediatore fra i figli di questo, facendo tacere il favore, ch'egli forse sentiva per Geta, per conciliare i due fratelli. Quando Caracalla fece morire questo, e credè necessaria una giustificazione ed una difesa davanti al senato ed al popolo, ne richiese Papiniano, al quale a questo prezzo intendevasi perdonare l'amore paterno che aveva per il figlio dell' amico. Papiniano negossi alla richiesta colle parole: che sia più facile commettere, che scusare un fratricidio, o secondo un altro racconto: che accusare un innocente assassinato sia un secondo assassinio (9). Caracalla lo condannò a morte, e vi aggiunse il motteggio di biasimare i soldati, che lo avevano finito colla mannaja, dicendo di avere commessa una ingiustizia avendo fatto colpire un grande giureconsulto di mannaja, invece di farlo colla spada, come ordinavano le leggi. In tal modo Papiniano

(1) Lamprid. *Comm.* 4.
(2) *L.* 3. *D. de his qui in test. del.* (28. 4.)
(3) Dione Cassio, LXXII. 8.
(4) Capitol. *Marc.* 11.
(5) Spartian. *Carac.* 8.
(6) Per esempio *L.* 70. *D. mand.* (17. 7.) Quando sono espresse le ragioni, ciò avviene brevemente e confusamente: per esempio *L.* 93 *pr. D. de leg.* III. (32).
(7) *L.* 62. *D. mand. L.* 122. *D. de V.* (45 1.)
(8) Molti responsi sono ripetuti nei *responsa* e nei digesti. Ciò ha dato occasione a Corradi di opinare, che i digesti sieno una esposizione più vasta di quello che i responsi accennano, ossia sono un commentario di questi. Una tale opinione fu seguita anche da Blume: una non è in alcun modo giustificata: sarebbe piuttosto applicabile al conferimento delle quistioni coi responsi.
(9) Spartian. *Carac.* 8.

confermò colla propria morte, quello ch'egli aveva scritto: *quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est* (1). Dei suoi scritti (*libri* XIX *responsorum*, *libri* XXXVII *quaestionum*, *libri* XI *definitionum*) leggonsi 595 frammenti nei digesti. Questi frammenti sono per forma e contenuto quanto di più eccellente presenta la letteratura giuridica di tutti i tempi, servono di pruova, che la sua fama non fu un caso, e fanno di lui anche come scrittore il primo modello per ogni giureconsulto. Alcuni dei suoi contemporanei e giuristi posteriori scrissero delle *notae* ai suoi scritti, del pregio delle quali non ci è lecito giudicare da quel solo, che ci è rimasto (2): in una legge di Costantino è supposta agli autori di esse l'intenzione di procacciarsi un nome con simiglianti sofisticherie (3), del quale rimprovero non vogliamo prendere in considerazione la verità, o almeno esaminare se sia vero in generale. Del resto lo stesso Papiniano era ben alieno dall'arrogarsi una infallibilità, o quello che è difetto comune, dall'affievolire la forza di parole apparentemente modeste con fatti opposti (4).

Due successori di Papiniano ebbero nel tempo posteriore la distinzione che i loro scritti, di cui lasciarono un numero straordinario e di ogni ragione, furono particolarmente usati nei giudizii, (quelli di uno come sembra, più nelle contrade orientali, quelli dell'altro nelle occidentali), come pure nei digesti di Giustiniano occorrono di essi due più di quello di tutti gli altri giuristi insieme. L'uno di essi è Domizio Ulpiano, i cui genitori furono cittadini di Tiro nella Fenicia (5). Egli scriveva già al tempo di Severo: compose il maggior numero dei suoi scritti sotto Caracalla, ed in ispecie le due grandi opere: *libri* LXXXIII *ad edictum, et libri* LI *ad Sabinum.* Ebbe una gran parte agli affari dello stato sotto il reggimento femminile di Eleogabalo, essendo stato prefetto pretorio. Seppe del pari rendere accetti i suoi servigi alla madre di Alesandro. Quando questa prese a governare in luogo del principe, che aveva sedici anni, associossi con essa contro i due prefetti pretorii Flaviano e Cresto, uomini valenti, che mostrandosi meno inchinevoli alle voglie di Augusta, o perchè ostavano al progetto di limitare il potere militare, furono in fine sentenziati, poichè era stato associato e proposto loro come terzo prefetto. In tal modo procacciossi egli esclusivamente la prefettura, che ritenne non ostante l'opposizione dei pretoriani, e sotto la perenne minaccia della vita. Si fa menzione d'uno scontro fra il popolo ed i pretoriani, il che dovette avvenire non senza istigazione del governo. Al quietare di quello, Ulpiano fu morto dai pretoriani alla presenza del principe, al quale erasi rifuggito per salvezza (6). Ciò avvenne nei primi anni del reggimento di Alesandro. Da ciò può giudicarsi, con quanta poca ragione i nostri giureconsulti dieno una sì grande importanza alle enfatiche parole di Lampridio (*Alex.* 51): *atque ideo summus imperator fuit (Alexander), quod eius (Ulpiani) consiliis praecipue rempublicam rexit.* Del gran numero degli scritti, che possedevansi di lui fino al tempo di Giustiniano, e che si raccomandavano per la bellezza della esposizione, e per una certa prolissità che ne agevolavano la intelligenza, fu fatto per la composizione dei digesti un uso molto maggiore di quelli di qualunque altro giureconsulto; ne furono tratti 2462 (in gran parte lunghi) frammenti, i quali tutti formano quasi la terza parte dei digesti. Il secondo di quei giureconsulti fu Giulio Paolo contemporaneo di Ulpiano, sebbene gli fosse sopravvissuto, e che fu egualmente prefetto pretorio sotto Alesandro: sedette pure nel consiglio di Settemio Se-

(1) *L.* 15. *D. de cond. inst.* (28. 7).

(2) Molte di quelle che ci pervennero contengono una confutazione, altre soltanto una più vasta giustificazione della opinione di Papiniano, alcune sono quasi oziose.

(3) *L.* I. *C. Th. de resp. prud.* (1. 4.) Giustiniano riconosce, che alcune sono necessarie per compiere e per agevolare l'intelligenza di Papiniano: ma sembra ammetter almeno in parte il giudizio di Costantino. *L.* I. §. 6. *C. de vet. iur. enucl.* (1. 17.).

(4) Niuno potrebbe con una più nobile imparzialità ritrattarsi da una opinione erronea di quello ch'egli si faccia nelle seguenti parole della *L.* 6. *de serv. export.* (18. 7). *si quid emtor contra quam lege venditionis cautum est, feisset aut non feisset, nobis aliquando placebat non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse* (Vegg. la L. 7. *eod.*) *quam si pecuniae ratione venditoris interesset, veluti quia poenam promisisset, ceterum viro bono non convenire credere, venditoris interesse quod animo saevientis satisfactum non fuisset. Sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur.*

(5) *L.* 1. *pr. D. de censib.* (50. 14.).

(6) Dione Cassio (*Epit.*) LXXX 1. 2. Zosim. *Histor.* I. 11.

vero (1). Dei suoi scritti, il cui numero fu anche maggiore di quelli di Ulpiano occorrono 2080 frammenti nei digesti, i quali compongono quasi la sesta parte di questo Codice.

Il novero dei giureconsulti classici si chiude con Modestino, che può essere pareggiato ai summentovati anche sotto il rispetto scientifico, ed è superiore ai cultori susseguenti della scienza, sebbene in quello che ci rimane dei suoi scritti non scorgasi la medesima elevatezza di spirito che nei precessori. Fu discepolo di Ulpiano, che nel suo commentario all'editto (sotto Caracalla adunque) ricorda un parere che avevagli dato: *L.* 52. §. 20. *D. de furt.* (47. 2.): *Herennio Modestino studioso meo de Dalmatia consulenti rescripsi.* Donde originossi l'opinione, ch'egli fosse stato officiale pubblico in Dalmazia, o che questa fosse stata la sua patria: certo egli dovette essere con questa provincia in una connessione, che fu l'occasione, per la quale consultò Ulpiano sopra essa; ma non è necessario, che fosse stato o l'uno o l'altro caso. Leggesi il suo nome anche in una iscrizione, che contiene la decisione d'un processo, che fu compiuto negli anni 227 fino a 245 (2). La prima decisione fu data da Elio Floriano, la quale fu confermata da Erennio Modestino: nel medesimo senso decise infine il *praefectus vigilum* F. Restituziano. Non può comprendersi, come da ciò si abbia novellamente voluto fare Modestino governatore della Dalmazia. Modestino istruì nella giurisprudenza Massimino, che perì nel ventunesimo (secondo alcuni nel diciassettesimo) anno della sua vita (238) (3). In un rescritto di Gordiano del 240 si fa parola d'un *responsum*, che Modestino aveva dato alla parte, alla quale è diretto il rescritto (4): 345 frammenti dei suoi scritti trovansi nei digesti.

Gli autori dei digesti di Giustiniano trassero alcuni frammenti anche da due giureconsulti, ch'evidentemente si appartengono ad un tempo posteriore. L'uno è Ermogeniano (107 frammenti nei digesti), la cui opera, *libri VI epitomarum*, si fa riconoscere anche dal semplice titolo come un lavoro formato sulla precedente letteratura. L'altro è Aurelio Arcadio Carisio (5. frammenti) (5).

Degli effetti della scienza del dritto.

§. C.

Se noi ci facciamo a considerare gli effetti, che questi giureconsulti attivi per tre secoli esercitarono sullo svolgimento del dritto romano, questi furono tanto grandi, che qualunque altro elemento operante verso il medesimo scopo, prende soltanto un posto subordinato, ed appare come più o meno dipendente dall'attività scientifica. La forza della coscienza popolare produttrice del dritto concentrossi nei giureconsulti naturali rappresentanti della loro nazione nelle cose giuridiche, e questi furono di guida ai magistrati nell'esercizio dell'autonomia, ch'era data loro col *ius edicendi*, ed il legislatore ottenne da essi l'impulso, o quello che non è meno, i mezzi per attuare i suoi pensieri. Con ciò noi non intendiamo di attribuire ai giureconsulti romani una forza ed autorità, quasi eccezionale e speciale sulla giurisprudenza di tutti gli altri tempi e popoli: in ogni tempo e presso ogni popolo la vera scienza del dritto possiede una simile forza.

La giurisprudenza ha un doppio ufficio: l'uno è il concepimento del dritto prodotto dalla coscienza comune e dalla legislazione: la conoscenza del dritto e delle leggi forma un solo elemento di essa. L'altro consiste nell'attività produttiva del dritto, nello svolgimento di novelli principii giuridici da quelli già esistenti. Il passaggio da quella prima attività recettiva a questa seconda produttiva si esegue col concepimento sistematico del dritto riportandolo ai veri principii fondamentali, purchè vi si aggiunga la tendenza pratica, ed una viva percezione del dritto, senza la quale non è possibile una scienza vera di questo. La forza produttiva della giurisprudenza è evidente nei giureconsulti romani, giacchè moltissimi principii giuridici originaronsi dalla loro attività senza il soccorso di altre fonti. E questo non fu un effetto della condizione particolare ed ecce-

(1) *L.* 37. *D. de acquir her.* (29. 2.) *L. ult. D. de iure fisci* (49. 14.) In entrambi i casi Paolo racconta (*libro III. decretorum*) una discussione davanti al principe, nella quale egli opinò contro Papiniano, sebbene quegli si fosse deciso secondo l'opinione di quest'ultimo.

(2) Fabretti *Inscript.* (1699) p. 278. Spangenberg, *Tabulae negot.* p. 299.

(3) Capitol. *Maxim. iun. 1.*

(4) *L.* 5 *C. ad exhib.* (3. 42.)

(5) Egli cita Modestino nella *L.* 18. §. 26 *D. de muner.* (50. 4) *ut Herennius Modestinus et notando et disputando bene ed optima ratione decrevit*: Anche lo stile di queste poche parole manifesta l'epoca, alla quale l'autore appartiene.

zionale, ch'ebbero i singoli giuristi per una specialità di quel tempo, di cui faremo parola appresso, ma fu un puro effetto della scienza, il quale (quando sia questa una vera giurisprudenza), potrebbesi riconoscere anche sotto altre esterne condizioni.

La scienza ricondusse ai principii la materia tradizionale giuridica, e poi svolse da quelli il dritto d'un modo svariato. Il dritto era stato trasmesso ai giureconsulti romani in due parti, dritto speciale romano, *ius civile*, e quello più generale, *ius gentium*. Per entrambi avevasi nei tempi anteriori alla scienza soltanto delle fonti esterne di riconoscimento, per questo l'editto pretorio e la pratica giudiziaria, la tradizione in generale, per quello le leggi e l'autorità dei più antichi giurisperiti. I giureconsulti li riportarono ai loro principii, alla *civilis et naturalis ratio (ratio iuris gentium)*, che nascondendosi in quelle come altrettanti germi dovevano essere prodotti e fecondati dalla scienza. Si apprese a riconoscere il dritto per intime ragioni, ed a dedurre nuovi principii giuridici dalle premesse esistenti. Entrambi gli elementi ebbero questo svolgimento progressivo ed estensivo: la contradizione continuò, giacchè aveva una grande importanza pratica per la incapacità dei peregrini all'esercizio del dritto civile, per la loro limitazione al *ius gentium*, ma non impedì, che i due elementi s'identificassero su molti punti, e che l'elemento più generale del dritto esercitasse una certa autorità anche nei limiti dell'*ius civile*. Così i testamenti erano un fatto esclusivamente del *ius civile*, ma quando i giureconsulti romani nella interpetrazione di essi si fecero a considerare la intenzione vera del testatore come il principio determinante, e la fecero valere contro la solennità delle parole in quanto era ciò possibile senza una violazione diretta delle regole del *ius civile*, e quando contemporaneamente alle forme rigorose della istituzione ne introdussero un'altra più libera, la fedecommissaria, erano questi gli effetti di quel sentimento giuridico più universale, che aveva la sua forma vera nell'*ius gentium*. Dei due elementi il dritto delle genti, e quello che particolarmente vi si connetteva, il pretorio erano certo i più pieghevoli: ma mentre i giureconsulti si volsero a questa parte del dritto, seguirono nello stesso tempo la tendenza, che lo spirito del loro popolo aveva presa; ed ubbidendo alla voce d'una forza superiore che una vera scienza non può sconoscere, dettero al dritto romano lo svolgimento, che lo rese capace di farlo sopravvivere come dritto umanatario alla vita della nazione, dalla quale erasi generato. Si spiega pure, come per essi il *ius gentium* prese una forma differente da quella, in cui era primitivamente sorto, e quanto vadano errati coloro, che applicano alla origine d'un tal dritto quel concetto, che n'ebbero i giureconsulti romani. L'idea dell'*ius gentium* erasi cambiata per essi: vi aggiunsero il momento scientifico della *ratio iuris gentium*, come la fonte principale di un tal dritto: è per essi quello *ius*, *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*, essendo ritenuta di tutte le sue primitive specialità pratiche quella sola di essere il dritto valido per i Romani, e per gli stranieri.

Metodo seguito dai giureconsulti.

§. CI.

Non di rado si vollero applicare al metodo scientifico dei giureconsulti romani le idee moderne, e si pretese giudicare del loro secondo le condizioni presenti della scienza. Nelle mani dei più una tale misura, della quale sovente essi stessi non avevano ben coscienza, non fu usata a discapito di quei giureconsulti, della cui generale eccellenza essi avevano una idea tanto vaga e perciò inconcussa, che non mancarono di scorgere in essi quanto havvi di meglio in fatto di educazione storica e filosofica. Alcuni però da questo stesso punto di considerazione, qual'essi lo concepivano, si videro obbligati a pronunziare un giudizio molto severo. Con dispiacere vedesi avvolto nel medesimo errore un benemerito e dotto giurista, che si fece particolarmente ad indicare un tale difetto d'investigazioni storiche nei giureconsulti romani (1). Dirksen distingue però due epoche: i giureconsulti fino a Traiano resero, come egli si esprime, « importanti servigi in fatto di storia e di antichità del dritto »: « i posteriori per contrario non possono in alcun modo pretendere il predicato di antiquari e di storici critici del dritto ». Noi non ci faremo ad esaminare se un tale giudizio sia fondato: una ragione secondo lui sarebbe, che nei frammenti dei più antichi giureconsulti, (dei quali è da osservare che sono citati dagl' investigatori

(1) Dirksen, *Sugli elementi della critica storica e delle investigazioni filologiche negli scritti dei giureconsulti romani*, Saggi. 1823 Trat. 5.

delle antichità, e da questi ci furono trasmessi), occorrono molte notizie storiche, dovechè in quelli dei posteriori che ci pervennero in gran parte nei digesti, (nei quali l'elezione non fu certo determinata da un interesse antiquario), havvene pochissime: riporta inoltre alcuni esempi d'una erronea critica storica, ai quali si potrebbero fare delle obbiezioni. Non ci faremo pure ad esaminare se, come il nostro antiquario critico sembra supporlo, il semplice possesso di conoscenze filologiche, ed il loro uso secondo le occasioni formino per loro stessi un pregio giuridico, e presenti una sicurtà per il progresso della giurisprudenza, sicchè la quantità di tali conoscenze sia la misura determinante della partecipazione di colui che le possiede allo svolgimento scientifico del dritto. Quello che abbiam detto delle investigazioni filologiche, valga pure per la storia, la quale riannoda il presente al passato, e cerca dedurre e chiarire quello con questo, e neghiamo pure a tutti i giureconsulti romani, e non ai soli posteriori le ricerche storiche come metodo costantemente applicato: ma che cosa mai ne seguirebbe?

Il metodo dei giureconsulti romani nella trattazione scientifica del dritto fu diverso da quello, che è applicabile presentemente. Noi abbiamo il medesimo scopo di essi: ma abbiamo in parte altri mezzi da usare per raggiungerlo. Lo scopo è il compiuto concepimento sistematico delle materie del dritto la vivificazione pratica di esse e la capacità di svolgere i principii più generali nei loro effetti fino nei più minuti particolari, e per contrario di salire dal caso il più concreto per tutti i momenti di passaggio fino al più alto principio come fonte di quello, concependo tutto ciò non come un morto organismo, ma come un corpo che abbia vita e pulsazione, ed associando al concatenamento logico la più vasta moltiplicità. Una tale capacità era posseduta dai giureconsulti romani in un grado maraviglioso, e con questa il concepimento logico di tutta la materia organica, sicchè potrebbesi dire di essi: « un passo muove cento fila, un tocco scioglie cento nodi ». Quali ne furono i mezzi? questi erano più semplici dei nostri. Il dritto stava loro più da vicino di quello che fosse a noi. Come in tutte le altre parti del sapere così anche nel dritto noi abbiamo un più vasto orizzonte degli antichi: il nostro dritto si nasconde in gran parte in un passato molto rimoto, essendosi originato in un altro mondo, e presso altri popoli. La conoscenza di esso richiede un grande apparato di dottrina, e ci abbisognano investigazioni storiche e connesse per avere la coscienza del nostro dritto in tutti i suoi rapporti, e per convertire e far rinascere in un organismo vivo il peso inerte del presente. Il dritto schiudevasi ai Romani di un modo più immediato. Certo aveva cominciato a svolgersi già da molti secoli: era stato soggetto in questo tempo nella sua generalità e nei particolari a molti cambiamenti. Ma un tale svolgimento era stato tanto misurato, tanto semplice ed esente da elementi contrari e perturbatori, che le tracce del più antico dritto erano visibili anche nel presente e pratico. Potevasi percepire la storia, in quanto questa giovava alla conoscenza pratica del dritto ed al suo svolgimento, d'un modo immediato e nelle condizioni presenti di questo. Perciò le esposizioni storiche dei giureconsulti romani si riferivano piuttosto ai particolari anzichè alle materie generali del dritto. È un fatto che non si limita alla sola giurisprudenza, che tutta la nostra tendenza scientifica è diversa da quella dell'antichità. Nella scienza degli antichi una forza naturale teneva le veci del pensiero moderno che ha conscienza di se stesso delle sue posse, e delle vie da tenere.

Anche rispettivamente alla filosofia la nostra condizione è differente da quella dei Romani. Le nostre intelligenze sono applicate allo studio di tutti gli elementi dello spirito umano, la cui verità si ripone soltanto nella loro unità e che però a causa d'un movimento naturale e proprio tendono a disgiungersi ed a rendersi indipendenti. Il legame delle diverse scienze è la filosofia, la quale svolgendo l'elemento comune a tutte, perfeziona ciascuna di esse. I Romani furono particolarmente applicati ad una sola scienza: in questa concentrossi tutto il loro sforzo intellettuale, la giurisprudenza era pure la loro filosofia; non senza ragione poteva dire Ulpiano: *iustitiam colimus, et boni et aequi notitiam profitemur; aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam non simulatam affectantes*. I giuristi erano al pari degli altri uomini dotti istruiti nella rettorica e nella dialettica, e versati negli scritti filosofici, e particolarmente in quelli degli stoici come i filosofi più ragguardevoli del tempo, ch'essi alcune volte non mancano di citare in alcuni punti più generali, riportandosi egualmente anche ai poeti, per

esempio ad Omero. Ma la filosofia in alcun modo non aveva sulla loro scienza del dritto quel potere ed autorità, ch'esercita nei nostri tempi.

Del resto fu dominante fra i nostri dotti l'opinione, che la filosofia e particolarmente la stoica avesse operati grandissimi effetti sulla giurisprudenza romana, e che ne fosse stata la vera madre. Da ciò molti trassero argomento di grande lode, altri cercarono spiegare, perchè i Romani non raggiunsero l'ultimo termine nello svolgimento del dritto. L'esposizione di alcune delle loro ragioni basterà per darci una idea chiara della verità di simili asserzioni: il fondamento della scienza del dritto, fu affermato, è il concepimento sistematico: e siccome Cicerone loda Servio per essersi fatto notare in ciò sugli altri, e perchè questi aveva versato per qualche tempo in Rodi negli studii dialettici e filosofici, e perchè, come lo stesso Cicerone in altro luogo racconta, in Rodi fra gli altri filosofi eravi pure un rinomato stoico, ne risulterebbe, che la giurisprudenza romana fosse emanata dalla filosofia stoica. Nè migliori sono gli argomenti più speciali: vi sono degli scrittori, che ritennero per un filosofo stoico un personaggio non per altra ragione se non perchè avevasi data la morte, ed altri che frugarono in alcune cattive etimologie, che occorrono nei giureconsulti romani, una traccia da loro creduta sicura di questa filosofia (1). Più di qualunque altra cosa ha contribuito a quella opinione nel fatto al tutto erronea la confusione fra la logica e la filosofia, che per altro non è colpa dei soli mentovati dotti (2).

Insegnamento del dritto.

§. CII.

La condizione di maggiore semplicità, in cui trovaronsi i giureconsulti romani, non fu pure senza effetti sull'insegnamento della giurisprudenza. Esso ebbe forme più naturali, ed in questo primo periodo è appena possibile scorgere il primo germe di forme artificiali. Dai tempi più remoti in Roma fra le altre occupazioni pratiche d'un giurista era compresa l'educazione intellettuale di altri più giovani per il medesimo ufficio; era riputato generalmente un onore l'istruire quelli che ne avevano la volontà, e certo un tale concatenamento dovè conferire moltissimo a conservare all'esercizio pratico della giuresprudenza quella dignità, che Cicerone *de orat.* 1. 45.) loda in essa, ed a fare, che non divenisse un'arte meccanica. Di ciò possono rendere un testimonio gli uomini pratici dei nostri giorni, ai quali l'ammaestramento dei più giovani pratici procura un ben fondato sentimento di spirituale soddisfazione sotto il peso delle loro cure giornaliere. *Jus civile docere*, dice Cicerone, *semper pulchrum fuit, hominumque clarissimorum discipulis floruerunt domus* (3).

Gli apprendenti erano presenti come *auditores* agli affari, ai responsi ed a tutto quello, che vi si connetteva; ed il giureconsulto ne prendeva occasione per far loro comprendere la natura stessa della cosa, esporre le ragioni della sua decisione, sciogliere i loro dubbi, ed avviarli in tal modo nell'arte pratica. Questo insegnamento, al quale non negavasi alcun ragguardevole giurista (4), sebbene non tutti dessero a tutti ed indi-

(1) Rutjen ha molto bene dimostrato l'erroneità di tutta l'opinione e delle singole ragioni nella trattazione della seguente quistione: *La filosofia stoica esercitò un grande potere particolarmente sugli scritti giuridici, dai quali furono tratte le pandette? Kiel*, 1839.

(2) Il seguente esempio può pruovare a quali false opinioni conduce la mania dello stoicismo. Quando alcuno sia indotto per minaccia ad un fatto per lui dannoso, per esempio ad un contratto, all'adizione d'una eredità, l'equità vuole che si assicuri la persona violentata dal danno che gliene proviene. Senonchè Paolo osserva, che non può dirsi, che debbasi considerare il fatto come non avvenuto, giacchè quello che noi volemmo indotti dalla minaccia, (la quale non esclude la elezione), fu pure voluto, è sempre il nostro volere, il nostro fatto: *si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui sed per praetorem restituendus sum L.* 21. §. 5. *D. quod metus* c. (4. 2.). Questa osservazione presenta una verità naturale, che il giureconsulto ha espressa bellamente ed ingegnosamente. No. dice Mühlenbruch (*Pand. Rom.* §. 93) è una verità stoica, giacchè gli stoici affermarono; che niuno dovesse determinarsi per violenza: dovechè Paolo dice appunto il contrario che un fatto eseguito per timore è sempre un fatto, nè si appella alla violenza usata.

(3) Cicer. *Orat.* 41. Si duole che non facciasi la medesima cosa anche per l'arte oratoria.

(4) Cicerone, *Brut.* 89: (*Q. Scaevola*) *qui quamquam nemini se ad docendum dabat, tamen consulentibus respondendo studiosos audiendi docebat.*

stintamente l'ingresso nella loro casa, o li ammettessero ai loro istruttivi dialoghi anche fuori le ore delle loro faccende (1), era preceduto da un altro di apparecchio, che aveva per obbietto l'iniziare i giovani nei principii della giurisprudenza, senza il quale l'insegnamento pratico non avrebbe avuto alcun importante risultato. Questi differenti gradi d'insegnamento sono pure indicati con espressioni speciali: per il primo è usata la parola *institui*, per il pratico per contrario quella *audire*: ma se a questi si aggiungea una più diretta applicazione del maestro alla educazione ed allo studio, vi era adoperata la parola *instruere*. È perciò che vedesi alcune volte usata l'espressione *instructum esse*, come quella *auditorem esse* in opposizione dell'altra *institutum esse ab aliquo* (2). A tutti questi modi d'insegnamento associavasi la lettura degli scritti giuridici, che più si affaceva alla capacità degli apprendenti.

La scuola pratica, i cui membri addimandavansi *auditores*, conservossi per tutto questo periodo come il principale modo d'insegnamento senza alcun cambiamento essenziale, senonchè divenne sempre più comune, che gli *auditores* d'un grande giureconsulto rimanessero sotto la sua direzione molto più lungamente di quello, che usavasi per lo innanzi, non tanto a causa della istruzione, quanto per esercitarsi sotto la sua autorità e con una continua assistenza alla pratica giuridica. Per questi venne usata l'espressione *studiosi* (3). Per spiegare tutto questo crediamo necessario far parola d'una istituzione, della quale tratteremo più particolarmente appresso.

Il così detto *ius respondendi* era concesso dal principe: e certo l'ottenevano ordinariamente i soli più grandi giureconsulti, nè può ammettersi che fosse dato a caso. Molti pure di quelli che versarono nella giurisprudenza non l'ottennero mai, e per tutti gli altri che l'ebbero, può tenersi per certo, che dovettero per un tempo maggiore o minore versare nella pratica giudiziaria prima che ricevessero una tale distinzione. Questi uomini che addicevansi alla pratica sentirono sempre più il bisogno, anche quando il vero tempo dell'ammaestramento era passato per essi, di non discostarsi dal giureconsulto, del quale erano stati *auditores*, menando a termine le loro faccende sotto il suo patrocinio, ricevendone dei consigli a voce ed in iscritto, ed in tal modo essendo dall'autorità del loro patrono (mi piace così denominarlo) aiutati e promossi (4). Da ciò provenne, che questi uomini pratici erano distinti col nome speciale *iuris studiosi* dai giureconsulti, che avevano acquistata una condizione indipendente, e ch'erano detti *iuris auctores*. Ritorniamo agli *auditores*. L'insegnamento pratico era cosa tanto principale, che bisogna intenderlo in tutti i casi, nei quali un giureconsulto è indicato come discepolo d'un altro, e questo come *praeceptor* di quello. Senonchè per un effetto naturale della crescente letteratura lo studio degli scritti acquistò una importanza sempre maggiore, e divenne progressivamente una parte importante dell'insegnamento. L'apprendente trovava ora una gran parte di quello, che prima eragli trasmesso soltanto a bocca, nei libri del suo istitutore, la cui conoscenza supponevasi naturalmente in lui, e dai quali egli passava allo studio della rimanente letteratura. Nel tempo delle controversie fra i sabiniani ed i proculiani vedevansi innestati negli scritti dell'immediato istitutore anche quelli dei precedenti rappresentanti della scuola: sicchè il discepolo poteva a giusta ragione chiamare tutti questi suoi *praeceptores*, come Caio sovente denomina gli *auctores* della scuola sabiniana *nostri praeceptores* (5).

Ma per il primo insegnamento originossi in questo periodo una novella istituzione, rispettivamente alla quale la precedente forma di esso conservossi soltanto come eccezione. Di questo ammaestramento preliminare e d'introduzione (*institutio*) avveniva quanto segue al tempo di Cicerone. Non era

(1) In tal modo fu introdotto Cicerone da Q. Mucio Augure Cic. *Lael.* I.

(2) Queste espressioni sono molto precisamente distinte da Pomponio *L.* 2. §. 43. 47. *D. de O.* 1: *(Servius) plurimum eos, de quibus locuti sumus, audivit, institutus a Balbo Lucilio, instructus autem maxime a Gallo Aquilio. (Labeo) omnes hos audivit, institutus est autem* a *Trebatio.*

(3) Così Ulpiano denomina Modestino *studiosus meus*; e Paolo *L.* 4. *D. de extraor. cogn.* (50. 13.) dice: *Divus Antoninus Pius rescripsit, iuris studiosos, qui salaria petebant, haec exigere posse.* (*L.* I. *D. de off. adsess.* (1. 22): — *officium adsessorum, quo iuris studiosi partibus suis funguntur.* Gell. XII. 13. Svetonio. *Ner.* 32: — *ut ingratorum testamenta ad fiscum pertinerent ac ne impune esset studiosis iuris, qui scripsissent, vel dictassent ea. L.* 9. §. 4 — 7. *D. de poen:* (48. 19.)

(4) Molti pareri dei giureconsulti non sono direttamente dati alle parti, ma a questi loro *studiosi*.

(5) È perciò erronea l'opinione (Dirksen. *Elem.* p. 21), ch'egli alcune volte accenni con quelle parole ai soli suoi immediati istitutori,

questa ordinariamente una occupazione dei giureconsulti più grandi ed onorati della fiducia dei loro concittadini, ma vi si addicevano quelli, che vi si determinavano per propria vocazione o per istanza altrui, come nel caso di Lucilio istruito da Servio, e di Trebazio da Labeone. Oltracciò alcuni dei più provetti discepoli vennero in soccorso dei principianti, e molti dovettero acquistare coi propri sforzi la capacità di giovare anch'essi a quel pratico insegnamento. Non vi aveva a questo proposito delle scuole, come per la rettorica: e dovette essere questa senza dubbio la causa principale, perchè l'insegnamento della giurisprudenza fu tenuta per onorevole, mentre credettesi poco conveniente, che un personaggio ragguardevole ammaestrasse gli altri nell'arte oratoria: ne risultava per lui un confronto non troppo lusinghiero coi retori, la cui occupazione era poco stimata dal popolo (1). Ma nel corso del presente periodo furonvi a simiglianza di quei retori maestri di dritto, i quali dichiaravano, che per un onorario erano pronti a dare il primo insegnamento a chiunque intendeva applicarvisi, ossia si aprirono vere scuole, le quali non mancarono sicuramente di concorso. Non conoscesi in qual tempo sia ciò propriamente avvenuto. Se molti dotti credettero scorgere la pruova d'un onorario pagato dagli studiosi per le lezioni di dritto nel fatto, che M. Sabino fu sostentato dai suoi *auditores*, fu questo un pensiero sorto dalle moderne idee, ed al quale niuno ora vorrà aggiunger fede: questi *auditores* erano indubitatamente degli assistenti a quell'insegnamento pratico già summentovato. Per contrario è probabile, che Gellio che dal tempo della sua gioventù (ossia sotto Pio, se già non fosse sotto Adriano) ricorda una quistione di dritto agitata a quel tempo *in plerisque Romae stationibus ius publice docentium aut respondentium* accennasse alle vere scuole colle parole *stationes ius docentium*, ch'egli distingue dalle altre *stationes respondentium* (2). Anche il giureconsulto di cui leggesi un estratto nel §. 150 dei frammenti vaticani (3) accenna a simiglianti persone, che addicevansi esclusivamente all'insegnamento del dritto, giacchè in ciò distinguevasi propriamente questa novella istituzione dall'antica; e di ciò parla pure Modestino (4). Ulpiano denomina questi maestri *iuris civilis professores* (5), in un senso diverso da Pomponio, il quale dice: *iuris civilis scientiam plurimi et maximi viri professi sunt:—ante Tiberium Coruncanium publice professum neminem* (6). La denominazione di *professores* originossi da ciò, che all'esercizio d'un'arte liberale essendo connessi alcuni vantaggi, poteva pretenderli quegli soltanto, che vi era ammesso dopo una dichiarazione davanti al magistrato competente: questa fu la causa, che tali maestri fossero particolarmente detti *professores* (7). A molti autori venne in mente il pensiero nato naturalmente dalle nostre condizioni presenti ma estraneo a quelle di allora, che questi maestri di professione avessero avuta una grande autorità, e che anzi i più rinomati giureconsulti fossero stati professori. E pure non si rinviene la menoma notizia, che potesse servire di fondamento ad una tale suppozione. Negli antichi tempi dovettesi probabilmente giudicare di questi professori di dritto non altrimenti che dei retori latini, le cui scuole nel settimo secolo, e poichè erano state già ammesse le greche furono riprovate con un editto censorio (8). A questo tempo fu tollerato, che si avesse-

(1) Cicerone, *Orat.* 41. 42.

(2) Gellio, XIII. 13. *Statio* è il luogo (fuori la propria casa), dove alcuno suole fermarsi per adempire una sua bisogna: è perciò, che è pareggiata con *taberna*: *L.* 15 §. 7. *D. de iniur.* (47. 7.) Svetonio, *Ner.* 37. Sono pure indicate alcune volte con essa le botteghe. *L.* 7. §. 13. *D. quib. ex caus. in poss.* (42. 4.) *si circa columnas aut stationes (in foro) se occultet*: la menda di Cuiacio *statuas* è senza dubbio erronea.

(3) *Neque geometrae, neque hi qui ius civile docent, a tutelis excusantur.*

(4) *L.* 6. §. 12. *D. de excus.* (27. 1) I maestri di dritto nelle provincie avevano una parte di quelle esenzioni, ch'erano date ai filosofi, ai retori, ai grammatici, ed ai medici.

(5) *L.* I. §. 5. *D. de extraord. cognit.* (50. 13).

(6) Non è più dubbio per alcuno, che sarebbe un ridevole errore quello di considerare come professori in quell'altro senso Tiberio Coruncanio, e gli altri nominati da Pomponio.

(7) I *ludi literarii magistri* non erano detti *professores*: giacchè per essi non eravi quella solenne professione: pure fu riconosciuto loro per consuetudine uno dei vantaggi legati ammessi per i professori, ossia che il preside veniva loro in soccorso per l'onorario, una *extraordinaria cognitio.*

(8) *Renuntiatum est nobis, esse homines qui novum genus disciplinae instituerunt, ad quos iuventus in ludum conveniat, eos sibi nomen imposuisse latinos rhetoras: ibi homines adulescentulos totos dies desidere. Maiores nostri, quae liberos suos discere et quos in ludos itare vellent, instituerunt. Haec nova quae praeter consuetudinem ac more maiorum fiunt, neque placent neque recte videntur. Quapropter et his qui eos ludos habent, et his qui eo

ro scuole di dritto: certo le opinioni sulla necessità e sull'utile di esse non erano discordanti, come per i retori, ma in generale non vi si connetteva una grande importanza, ed erano ben lontani dal pareggiare l'antico e tradizionale modo d'insegnamento. I grandi giureconsulti giovarono anche al primo ammaestramento colle opere, che scrissero per uso dei principianti: fu questa la occasione della *istitutiones* e di simiglianti libri, che non debbonsi in alcun modo considerare come libri di scuole o semplici elementi da servire alle lezioni, sebbene per tali fossero state adoperati nei tempi posteriori, ed in parte forse anche dai *professores* di questo periodo. Ulpiano dice, che non si dovesse dare ascolto ad alcun reclamo giudiziario dell'onorario da parte dei *iuris civilis professores*, non perchè fosse vietato il riceverlo (particolarmente quando l'insegnamento addivenne una professione speciale), ma perchè credevasi inconveniente il reclamarlo, ed anche inconciliabile colla dignità della scienza, che questi uomini si davano il vanto di diffondere (1). Dopo il già detto, ed avuto anche presente lo stato della giurisprudenza e la condizione dei giureconsulti, l'opinione, che i professori avessero presa molta parte allo svolgimento della scienza del dritto, e che personaggi come Giuliano, Papiniano, Ulpiano, e Paolo avessero usato questo mestiere, (giacchè tale era a quel tempo), dovrebbe essere considerata come una stranezza non altrimenti che se alcuno volesse confondere Cicerone e gli altri grandi oratori del suo tempo coi i retori, che Svetonio cita nel suo libro *de claris rhetoribus* (2). Nel medio evo la scienza cominciò colle scuole legislativamente ordinate, e sino ai nostri giorni sta in essenziale connessione colle università: da ciò non può trarsi argomento per ammettere lo stesso andamento di cose in Roma; dove piuttosto la vera giurisprudenza andò in decadenza per il predominio dello studio scolastico.

Degli scritti dei giureconsulti che pervennero fino a noi.

§. CIII.

I frammenti della letteratura giuridica di questo periodo, lo studio della quale a quel tempo congiunto alla pratica era il principale elemento dell'insegnamento del dritto, sono anche per noi una fonte ricchissima d'istruzione giuridica, e riescono pure indispensabili per la conoscenza del dritto romano: senza di essi le altre fonti rimarrebbero altrettante notizie sconnesse ed incomprensibili: non ci pervennero però in massima parte così puri ed originali, come il maggior numero delle opere degli altri scrittori romani, che noi abbiamo. Molti scritti non ci pervennero per mezzo di quei manoscritti coi quali avevasi il proposito di perpetuare l'autore in un modo puro e perfetto, ma per un mezzo indiretto, col quale volontariamente ci fu reso o non compiuto o non puro, o nell'uno e nell'altro modo. Molte cose ci pervennero anche originalmente, e queste per la loro purezza sono inestimabili: ma quelle che ci furono trasmesse indirettamente hanno per noi un pregio non minore ed anche più grande stante la maggiore quantità di esse.

Relativamente a queste ultime è della massima importanza determinare la connessione del mezzo della trasmissione coll'obbietto stesso trasmesso; ed a tal proposito è decisiva la certezza storica degli scritti come fonti della conoscenza delle condizioni giuridiche del loro tempo. Fino a quanto per un tale organo siasi conservata la purezza e l'interezza degli scritti, dipende sì dal caso, e quindi dalla capacità del trasmittente (queste condizioni contribuirono non solo alla trasmissione mediata, ma anche alla immediata), come altresì, e questo è speciale della prima, dal proposito, che aveva la persona, la quale forma il punto di connessione fra noi e la cosa trasmessa. Questo proposito potette essere quello di trasmetterla puramente, sebbene in un modo incompiuto, come si usa dagli scrittori posteriori, che citano gli anteriori, e ri-

venire consuerunt, *visum est faciendum*, *ut ostenderemus nostram sententiam*, *nobis non placere*. Svetonio. *De clar. rhet.* I. Gell. XV. II.

(1) *L.* 1. §. 5. *D. de extrao. cogn.* (50. 13). Ulpiano proclama qui la santità della sua scienza: *est quidem res sanctissima civilis sapientia:* ma nessuna sua parola ci pruova, ch'egli la identificasse colla professione dell'insegnamento, o che avesse questo in altissima estimazione.

(2) Egli racconta di uno di essi (*cap.* 6.) che volle essere pure oratore nelle quistioni civili, sebbene non ne avesse la capacità. Fu causa della perdita d'una lite per una frase declamatoria, che il contrario con una grande prontezza di spirito accolse come una delazione del giuramento.

portano letteralmente il brano citato, e dagli epitomatori d'uno scritto: per contrario si può essere compiuto e non puro nel riprodurre un' opera, sebbene questi non sieno altro che altrettanti epitomatori, e si offenda pure la interezza: in fine una communicazione di estratti può essere anche fatta con dei cambiamenti, perchè meglio risponda alla intenzione dell' autore di essa. Tali cambiamenti sono poco probabili quando lo scopo di chi vi dà opera è puramente teoretico: ben altro avviene quando questi tende col suo lavoro ad un fine pratico, ed in ispecie per accomodarlo all' uso immediato forense: in questo caso è naturale sopporre dei cambiamenti, che pongano in armonia il contenuto degli scritti trasmessi col dritto pratico. Noi tratteremo singolarmente dei diversi scritti che ci furono trasmessi, avendo presenti le riportate distinzioni.

A) Cominceremo dagli scritti, la cui tradizione è pura ed immediata, sicchè qualunque difetto o vuoto vi potesse essere, dee essere attribuito ai casi fortuiti, ai quali il manoscritto andò soggetto, come pure la erroneità di alcuni brani dee essere attribuita alla negligenza del copista; ed è questo comune ai manoscritti di qualunque antico scrittore. Il più importante scritto che ci pervenne in questo modo si è:

1) Caio, *Institutionum commentarii quatuor*, scoverto da Niebuhr nel 1816 in un manoscritto della biblioteca del capitolo di Verona (1). Questo manoscritto contiene le lettere di S. Girolamo, ma è palinsesto: il copista aveva usata per queste la pergamena sulla quale erano scritte le istituzioni di Caio, giacchè rastiandola e lavandola dalla antica scrittura la preparò a ricevere la nuova. Così 125 scaccoli di carta contengono sotto il testo di S. Girolamo quello già cancellato di Caio, e che fu fatto rivivere sotto al primo coll' applicazione dei mezzi chimici: 62 di essi sono scritti per la terza volta, giacchè essendo state usate la seconda volta per le lettere di S. Gerolamo, poichè questa seconda scrittura si fu cancellata, vi fu impressa quella che ora vi si trova: donde la difficoltà di leggervi al di sotto il testo di Caio crebbe immensamente, ed alcune volte è insuperabile. A questi fogli rescritti si aggiunge un altro non rescritto (che tratta degl'interdetti), il quale trovasi in un' altro involto, ed era stato già scoverto e pubblicato (2). Abbiamo dunque 126 fogli d' un manoscritto molto antico (del sesto o del quinto secolo) delle istituzioni di Caio, che secondo il calcolo di Hollweg dovette essere in tutto di 129 fogli; noi ne abbiamo il principio e la fine; i tre fogli mancanti dovettero essere perduti dal mezzo. Nel 1817 Göschen per commissione dell'accademia di Berlino si condusse in Verona per interpetrare il manoscritto col soccorso di Bethmann-Hollweg. È mirabile quanto questi operarono, avuto riguardo allo stato del manoscritto. Molti dei vuoti, che ancora rimanevano, furono in parte ricolmi con una novella revisione eseguita da Blume, ed aiutata dall' applicazione di efficaci mezzi chimici. Il manoscritto non contiene il nome dell' opera: ma che sieno le istituzioni di Caio segue dall'accordo dei posteriori lavori e dei singoli frammenti, che leggonsi altrove, e che vi si vedono ripetuti (3), come anche dal contenuto incontestabilmente comprendesi, che sono le vere istituzioni. La prima edizione dell'opera apparve nel 1820 curata da Göschen con una squisita accuratezza critica, la quale, perchè vi furono aggiunti frammenti del manoscritto dovunque eravi dubbio, porge a ciascuno un apparato critico tanto compiuto per quanto era possibile. La medesima cosa può dirsi della seconda edizione fatta dallo stesso Göschen nel 1824, che distinguesi dalla prima per vedervisi messa a profitto la revisione di Blume, ed anche della terza: quella curata da Lachmann con un ripetuto confronto dei papiri e dei lavori di Göschen, Hollweg e Blume (è ben difficile che un novello esame del manoscritto potesse dare maggiori resultati positivi) apparve nel 1842 (4).

2) Da Niebuhr furono scoperti nel medesimo tempo due fogli molto danneggiati di uno scritto giuridico, del quale non

(1) La prima notizia di questa scoverta fu data da Savigny: *Giorn.* III. n. 4: nel medesimo comparvero i primi schiarimenti (1817)

(2) Da Scipione Maffei nella: *Istoria teologica* ecc. 1742. p. 90. Poi nel: *Nouveau traité diplomatique* III. p. 208. Infine poco prima la scoverta di Niebuhr da Haubold. *notitia fragmenti veronensis de interdictis* 1816 Nov.

(3) Non vi ha un solo frammento, che non vi si trovi ripetuto, o che non cada in uno dei vuoti.

(4) Fra le rimanenti ed innumerevoli fatte su quella di Göschen meritano speciale menzione l'altra di Klenze in: *Caii et Iustiniani institutiones coniuct.* ed Ber. 1829. 4. di Lachmann che precede la maggiore del 1841 8: e quella di Heffter del quarto libro, con un commentario 1827. 4.

conoscesi per altri modi nè il contenuto nè l'autore, sebbene fosse certo che si appartengono ad un giureconsulto di questo periodo, ed il cui contenuto riguarda il dritto del fisco, donde fu denominato *fragmentum de iure fisci*. Una brano di questo frammento (§. 19) occorre quasi letteralmente nella L. 45. §. 3. D. *de iure fisci*. (49. 14) tratta dal *libro* V. *sententiarum* di Paolo, benchè qui in una circollocuzione diversa da quella, sicchè il nostro frammento non sembra tratto dalla medesima opera, sebbene provenisse forse dal medesimo autore, che del resto compose pure *libros* II *de iure fisci* come uno scritto speciale. Fu pubblicato dallo stesso Göschen e nel medesimo tempo.

3) Di molte striscie di pergamena, che in un tempo rimotissimo un legatore di libri aveva usate per mantenere uniti i fogli d'un manoscritto di papiro, che ora rattrovasi nella biblioteca imperiale di Vienna, cinque dovettero formar parte ed essere poi disgiunte da un manoscritto d'un' opera di dritto, il quale secondo il titolo che leggesi sopra una di esse: *Ulp. inst.* dovette avere contenute le istituzioni di Ulpiano. Quattro di esse sono scritte sull' una e sull'altra parte: una contiene una sola colonna, tre, che sono conformi fra loro, hanno due colonne, sulla quinta vedesi soltanto la metà superiore di alcune lettere. In una colonna di quelle tre striscie (sull' una e sull'altra parte) è trattata la materia de' contratti: nell' altra quella degl' interdetti, ed a questi riferiscesi pure il contenuto della prima striscia. Lo scopritore di questi frammenti, Stefano Endlicher da Vienna, li ha pubblicati nel 1835.

4) *Volusius Maecianus assis distributio*, pubblicato prima (1), e posteriormente molte altre volte da Sichard ed infine da Böcking (2) è uno scritto di calcolo, che tocca almeno i limiti della giurisprudenza. Esso appartiene indubitatamente a questo periodo, e dovette avere per autore il giureconsulto di questo nome.

B) Più d' ogni altro si avvicina alla qualità dei summentovati scritti uno, il che fin dal sesto secolo che fu scoverto, e fino alla scoverta di Caio fu meglio conservato degli altri tutti, ed è il seguente:

5) *Tituli* (XXIX) *ex corpore Ulpiani*. Nel 1544 Tilio (Dutillet) scoverse in un manoscritto del Breviario quest' opera, la quale non fa parte d' un tal Codice. Questo manoscritto trovasi tuttavia nella biblioteca vaticana, e non conoscesene altro da esso in fuori. L'opera non è compiuta, sì perchè vi sono nel mezzo grandi vuoti, come pure perchè è interrotta nella dottrina della successione dei liberti (*Tit*. 29. *de bonis libertorum*), quandochè lo scritto di Ulpiano aveva manifestamente per obbietto una breve esposizione dell'intero sistema del dritto, seguendo nei generali l'ordine delle istituzioni di Caio, colle quali è mirabile l'accordo anche nei principii particolari, sebbene la forma ne fosse più concisa. Sicchè ammessa pure che questa dottrina, che vi è trattata, fosse compiuta, mancherebbe quella delle obbligazioni e delle azioni. Che un tale difetto non è fortuito, ma fu voluto dallo scrittore del manoscritto (del manoscritto vaticano o di un anteriore, che si ebbe presente nella formazione di questo): si deduce dal titolo, ch'egli stesso appone allo scritto, si manifesta dall' indice delle rubriche, che segue il titolo, e contiene soltanto 29 titoli, ed infine dalla parola *explicit*, che leggesi alla fine. Un' arbitraria violazione e diminuzione dello scritto è dimostrata dal fatto, che fra il titolo: *Incip. tituli ex corpore Ulpiani*, e l' indice dei titoli leggesi un frammento sui *mores* (*mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*), ed immediatamente alla indicazione dei titoli segue il *tit. 1. de libertis*. Che per contrario l'epitomatore (3) avesse lasciato nella sua purezza quello che ci ha trasmesso, e quale contenevasi nell' opera di Ulpiano, si manifesta dalla qualità della esposizione, la quale nella forma e nel contenuto non porta le impressioni d' una mano posteriore. Molti dubitarono da quale scritto di Ulpiano fossero presi i *titoli*, ma può considerarsi come certo che sono tratti dal *liber singularis regularum*. Non solamente un frammento del Digesto preso da questo libro letteralmente si accorda con uno dei *titoli* (4) anche in alcune espressioni appartenenti al più antico dritto, e cancellate dagli autori del Digesto; ma vedonsi altresì ripetuti nei *tituli* i frammenti sulla collazione tratti dal medesimo scritto, fatta eccezione di uno preso dalla dottrina delle obbligazioni, alla quale non si estendono i *tituli*.

(1) In fine della sua edizione del *Breviarium: Cod. Theod. etc.*

(2) Nel *corpus iur. anteiust*. Bonn. p. 177.

(3) Tilio denomina i titoli *epitomen eorum quae Ulpianus erat multis libris persecutus*. Questo è certo un errore: nè anche nella parola estratto vuolsi scorgere un piano regolare di riduzione. Il lavoro consistette meno in ciò, che nel saltare e nel troncare in un modo irregolare.

(4) Tit. XX. 6. conf. colla L. 17. *D. de testib*. (22. 5.).

Si suole denominare un tale scritto, quale si possiede da noi: Frammenti di Ulpiano (1).

C) Non di rado vedonsi in altre opere riportati singoli brani di scritti giuridici e citati come autorità per uno scopo qualunque. In questo caso però intendevasi meno che nel precedente serbarne l'interezza, ma meno pure s'intese ad offenderne la purezza: debbonsi perciò considerare i possibili cambiamenti del testo come eccezioni fortuite.

6) Negli scrittori non giuristi occorrono molte citazioni letterali tratte dalle opere dei giureconsulti, ch'escludono il pensiero d'un cambiamento arbitrario delle parole, sebbene in alcuni casi la citazione fosse fatta a memoria, e perciò forse non è fedele anche nelle parole. Occorrono in Varrone, Cicerone, Plinio, Gellio (2), Festo, Macrobio, Marcello, le citazioni dei quali hanno importanza particolarmente perchè si riferiscono in gran parte a' più antichi giureconsulti, dei cui scritti poco o nulla ci è fatto conoscere per altre fonti, ed inoltre in Boezio (verso la fine del quinto ed il principio del sesto secolo), il quale nel commentario alla *Topica* di Cicerone riporta alcuni brani delle istituzioni di Caio, e che vedonsi ripetuti in queste, ed un altro degli *istitutorum* di Paolo, *l.* II. *titulo de dotibus* (3), ed anche in Giovanni Lido (del tempo di Giustiniano) in un'opera sui magistrati romani (4). Ai frammenti dei giureconsulti romani pervenutici con simiglianti citazioni riferiscesi la summentovata raccolta di Dirksen (5): una novella sarà contenuta nel *Corpus iuris* stampato in Roma, nella quale saranno compiuti, ma anche diminuiti i primi, giacchè Dirksen vi ha compresi alcuni frammenti di scrittori, che non possono essere noverati fra i giuristi.

7) In grandissimo numero occorrono simili letterali citazioni (e particolarmente prese dalle istituzioni di Caio, dai responsi di Papiniano, *definitiones*, e *liber singularis de adulteriis*, dalle istituzioni di Ulpiano, *liber sing. regularum*, *libri ad edictum*, *de officio proconsolis*, dai responsi di Paolo, *sententiae*, *liber sing. de adulteriis*, *de iniuriis*, *de poenis paganorum*, e da Modestino *libri differentiarum*) in un libro, che scritto alla fine del quarto o al principio del quinto secolo (indubitatamente prima del codice teodosiano) (6) contiene un confronto delle leggi mosaiche colle romane. Lo scopo di questo lavoro non fu nè scientifico, nè pratico, ma quello di dimostrare un qualche accordo fra i due dritti, perchè se ne conoscesse la compatibilità, e quello di presentare ad una classe di lettori un'apologia del dritto romano, e di raccomandare ad un'altra l'uso delle leggi mosaiche. In quanto al nome dell'autore Tilio, che scoverse l'opera, sembra aver trovato in un manoscrittto quello di Rufino: ed egli ricorse col pensiero al giureconsulto Licinio Rufino contemporaneo di Paolo: ma una tale sua supposizione non solamente è resa improbabile dalla qualità di tutto lo scritto, ma diviene impossibile stantechè vi si vede citato il Codice gregoriano ed ermogeniano, ed anche una legge di Teodosio. Huschke ne ritiene per autore il padre della Chiesa Rufino. Nei manoscritti l'opera porta il titolo: *lex Dei quam Deus praecepit ad Moysen:* le quali parole, quando sieno dell'autore, sembrano essere piuttosto le iniziali d'una prefazione interrotta, che un titolo del libro scelto dall'autore.

(1) La *Editio princeps* fu curata da Tilio, Par. 1549. 8. Indispensabile per una più esatta ristampa del manoscritto è quella di Hugo (quinta edizione *Ber.* 1834), il quale ha fatto per il testo più di quello che avessero potuto tutti i suoi predecessori. Deesi pure ricordare quella di Böcking. Bonn. 1845. 12.

(2) Dirksen, *Estratti dagli scritti dei giuristi romani nelle noctes atticae di A. Gellio*. Tratt. dell'Accad. Berlin. 1851. 3 e 6 Febb.

(3) Disksen, *Estratti dagli scritti dei giuristi romani riportati nelle opere di Boezio* 1851. 27. Feb.

(4) La prima edizione fu fatta da Fuss, Par. 1812. Egli cita un brano di Caio sui *decemviri legibus scribundis*, ed un'altro sui questori del commentario di esso sulle XII tavole: leggesi quest'ultimo nella più volte citata *L.* 2. *D. de orig. iur.* (I. 2.), che i digesti attribuiscono a Pomponio (*libro singularis enchiridii*), dovechè la precedente L. 1. dello stesso titolo è preso da quell'opera di Caio. Un errore degli autori dei digesti particolarmente in questo luogo non è probabile. Se Lido avesse errato, non avrebbe secondo tutte le probabilità formato un solo dei due frammenti dei digesti. Può spiegarsi nel seguente modo: Caio fece precedere al suo commentario delle pandette una introduzione storica secondo la L. 1. *cit.* la quale però estendevasi dalla fondazione della città fino alle XII tavole. È possibile che Lido avesse presente un manoscritto dell'opera, nel quale alla prima fu aggiunta per compierla la storia del dritto di Pomponio, e che da ciò fosse stato indotto nell'errore di considerarla come una parte essenziale di quello scritto.

(5) *Frammenti tratti dagli scritti dei giureconsulti romani* 1814.

(6) Huschke, *Sull' epoca e sull' autore delle Legum mos. et rom. coll.* Giorn. per la scienza storica del dritto XIII. 1. (1845.)

È denominata comunemente: *collatio legum mosaicarum et romanarum* (1).

8) La raccolta degli agrimensori, che fu composta nel quarto secolo dagli scritti appartenenti ad epoche differenti, contiene anche alcuni frammenti di dritto, fra i quali trovasi il titolo dei digesti giustinianei *finium regundorum*, e quindi un brano delle *sententiae* di Paolo preso senza dubbio dall'opera originale, e non dall'estratto visigotico (2).

9) Soltanto per lo scopo, che è puramente pratico e giudiziario distinguonsi dalle summentovate le citazioni letterali di alcuni frammenti delle *sententiae* di Paolo, che trovansi nella risoluzione data a molte quistioni giuridiche da un giureconsulto posteriore a Teodosio il giovine, che riporta quelli, altresì alcune delle costituzioni prese dai tre codici per confermare e sostenere le sue opinioni (3). Si usa denominare questo scritto seguendo l'esempio di Cuiacio, che così dicevalo in opposizione dei suoi proprii pareri, *consultatio veteris iurisconsulti* (4).

Che il giureconsulto, che riporta i frammenti li abbia lasciati interi, è indubitato; può solo ventilarsi la quistione: se egli stesso li abbia tratti direttamente dallo scritto di Paolo. Non vi ha ragione per negarlo particolarmente considerando, che quelli ch'egli cita sul codice romano dei Visigoti (il così detto *Breviarium*) non si accordano con quello che i manoscritti di esso contengono. È manifesto che le sue fonti dovettero essere più ricche di quel codice, alla cui formazione del resto è difficile, che egli sia sopravvissuto.

10) Un piccolo frammento di Pomponio sulla indivisibilità delle servitù, che un giureconsulto francese del decimosesto secolo pubblicò da alcuni fogli o brani di pergamena molto danneggiati (5), ed un simigliante frammenti *ex liber* III *regularum tit. de bonis libertorum et de testamentis* di Modestino, che fu trovato egualmente nel decimosesto secolo in un manoscritto (6) potrebbero essere forse anche compresi nella rubrica dei citati, come altresì le poche parole, che in un manoscritto del *Breviarium* sono interpolate fra *Pauli sententiar.* III. 5. §. 19 e 11. (7). È molto probabile che fossero un supplemento formato su tutte le *sententiae*, che dovevano essere fra le mani del copista.

D) Seguono ora le collezioni degli estratti, che si differenziano dagli scritti indicati sotto la lettera C (sebbene alcuni vi si assimigliano per la forma esterna) in ciò che in essi non si ebbe altro scopo che una tale riduzione:

11) Un manoscritto delle *collationes* di Cassiano nella biblioteca vaticana contiene 28 folii, scritti per la seconda volta, che il copista aveva presi da una collezione di frammenti di scritti giuridici e di costituzioni per servirsene per il suo manoscritto (8). Questi frammenti vaticani delle cui qualità, come opera di dritto, sarà trattato nel quarto periodo, presentano un numero considerevole di estratti di opere giuridiche. Non possiamo di certa scienza affermare quali queste sieno state (fatta astrazione

(1) La prima edizione è di Pithou, Par. 1573. 4. La più recente, ed incomparabilmente migliore (essendovi stati posti a profitto i manoscritti nuovamente scoverti) è quella di Blume Bonn. 1833. 8. che serve anche di fondamento al *Corp. iur. antei.* Bonn. Sono da aggiungere altresì le migliorazioni prodottevi da Lachmann, *Giorn. per la scienza storica del dritto.* X. 5. Huschke, *Op. cit.*

(2) *Ius civ. antei.* p. 1550. *(Gromatici veteres ed.* Lachmann 1848. p. 270. 276. Nella collezione degli agrimensori fatta da Gesio vedonsi contenuti due altri frammenti appartenenti a Florentino ed a Callistrato (*ius civ. antei:* I. c.) i quali non trovansi in alcuno dei manoscritti conosciuti: è molto dubbio, se Gesio l'abbia tratti da un manoscritto degli agrimensori.

(3) Sulla occasione del libro veggasi Rudorff, *Giorn. per la scienza stor. del dritto.* XIII. 2. (1845.)

(4) Pubblicato la prima volta sopra un manoscritto (ora perduto) da Cuiacio, come introduzione alle sue consultazioni, nelle sue *Opp.* Par. 1577. tom. 1. Posteriormente da Puggé nel *Corp. iur. anteiust.* Bonn.

(5) Cramer, nel magaz. civ. di Hugo VI. I. ristamp. nel *Corp. iur. anteiust.* Bonn. p. 169.

(6) *Corp. iur. antetust. ibid.*

(7) Hänel, *Varietas scripturae* nel *Corpus iur. antei.* Bonn. p. 179. *Titulus ex corpore eo supra. In summa tamen sciendum est, de his omnibus habendam esse quaestionem, qui in suspicionem quacumque ratione veniunt.*

(8) Il contenuto di questi folii fu pubblicato la prima volta da A. Mai, che ne fece la scoverta, sotto il titolo: *iuris civilis anteiust. reliquiae ineditae.* Rom. 1823. 8: ristampato quasi nel medesimo tempo in Parigi (1823) ed in Berlino (1828. 8. col titolo: ... *fragmenta vaticana*, (divisi qui per la prima volta in §§.). La migliore e più recente edizione è quella di Bethmann Hollweg: *ab incerto scriptore collectorum fragmenta quae dicuntur vaticana.* Bonn. 1833. 8. e poi nel *Corpus iur. anteiust.* Bonn. Bucholz pruovossi a darcene un commentario *tum critico tum exegetico* etc. *instruxit* 1828. 8. Vegg. Hollweg nella sua ediz. *Praef.* p. X. XI.

dai principii di molti altri giureconsulti, che sono citati in queste stesse), stantechè le indicazioni degli autori alcune volte sono incompiute per corruzione del manoscritto, altre volte non sono esatte forse per colpa degli autori della raccolta, o almeno del copista. Possiamo però con certezza indicare come fonti: *responsa*, *quaestiones* di Papiniano; *libri ad edictum*, *ad Sabinum*, *de officio praetoris tutelaris*, *de officio proconsulis* (probabilmente anche *de interdictis*) di Ulpiano, *libri ad edictum*, *ad Sabinum*, *sententiarum*, *manualium*, *responsorum*, *quaestionum*, *editionis secundae de iurisdictione tutelari*, *liber singularis de excusationibus*, *de excusatione tutorum*, *de officio praetoris tutelaris*, *ad municipalem*, *de testamentis* di Paolo. Più frequentemente citati sono Celso, Giuliano, Pomponio. L'autore della collezione intese senza dubbio ad uno scopo pratico, volendo ridurre ad una misura più commoda per il giudice le fonti usate nei giudizii; ma non perchè un frammento è incapace di applicazione, si astiene dall'ammetterlo, molto meno possiamo dedurre che l'avesse cambiato per accomodarlo al suo proposito. Non può quindi mettersi in dubbio la purezza della tradizione.

12) Una collezione molto ricca di estratti di opere giuridiche forma una parte della legislazione giustinianea sotto il nome di digesti o pandette. Un tale lavoro, della cui qualità ed importanza faremo parola nel quarto periodo, consiste di un gran numero (9127) di maggiori o minori estratti di 39 giureconsulti, che furono precedentemente mentovati, e dei quali due soltanto (Ermogeniano e Carisio) non appartengono più al tempo della giurisprudenza classica. Ad ogni frammento è soprapposto il nome del giureconsulto e dell'opera dalla quale è preso: gli autori, come osservammo nel far menzione di essi, furono posti a profitto in gradi differenti. Gli scritti raccolti a questo proposito consistevano di quasi 2000 *libri*, e di tre milioni di linee, ridotte nelle pandette a 150000, ossia alla ventesima parte (1), sicchè abbiamo ancora nelle pandette e proporzionatamente una parte considerevole della letteratura giuridica esistente a quel tempo. Relativamente a molti giuristi, dai quali furono presi soltanto pochi frammenti, la proporzione degli estratti colle opere, che servirono di fonte, è molto meno favorevole, che per altri. Così i frammenti di Ulpiano formano quasi la terza parte dell'intero contenuto dei digesti. Di molti dei suoi scritti fu manifestamente conservato molto meno: il contrario però deesi ammettere per altri, per esempio per il suo commentario dell'editto, mettendo in confronto la sua estensione primitiva con quello che ci è conservato nei digesti, sicchè può dedursene che non debba mancarne tanto, quanto si suole generalmente supporre (2).

Il contenuto dei digesti giustinianei sì per la sua estensione, come per la sua varietà è il più importante di tutt'altro che si abbia della letteratura classica giuridica: ma non può lodarsi egualmente per la sua purezza. I digesti dovevano contenere una esposizione del dritto vigente, sebbene fatta colle parole degli antichi giureconsulti, ma in modo, che quante volte quello scopo pratico lo rendeva necessario, dovevansi fare dei cambiamenti (3). Di una tale facoltà e dovere gli autori di essi fecero moltissimo uso sia con innovazioni sia con aggiunzioni alle parole degli antichi giureconsulti (interpolazioni, o *emblemata Triboniani*, come si è in uso denominarle). Questo può essere osservato direttamente in più luoghi, è confermato altresì dal confronto di

(1) L. 2. (*const. tanta*) §. 1. *c. de veteri iure enucleando* (1. 17.).

(2) Un registro (indispensabile per l'uso storico dei digesti) dei singoli giuristi, delle opere e frammenti di queste, che trovansi sparsi in tutte le pandette ci è dato fra gli altri da Wieling: *iurisprudentia restituta sive index chronologicus in totum iuris iustin. corpus* etc. 1727. 8. p. LVII. — 346. Una edizione, nella quale sono riportati i singoli brani secondo i giureconsulti e le opere, dalle quali sono tratte, e si assimiglia quasi ad un registro è: C. F. *Hommelii palingenesia librorum iuris veterum, sive Pandectarum loca integra, ad modum iudicis Labitti et Wielingi oculis exposita* etc. Lips. 1767. III. tom. 8.

(3) L. I. *const.* Deo auctore, §. 7. *de vet. iure enuc.* (1. 17.). *Sed et hoc studiosum vobis esse volumus, ut si quid in veteribus non bene positum libris inveniatis, vel aliquid superfluum, vel minus perfectum, supervacua longitudine remota, et quod imperfectum est, repleatis, et omne opus moderatum et quam pulcherrimum ostendatis; hoc etiam nihilo minus observando, ut si quid aliquid in veteribus legibus vel constitutionibus, quas antiqui in suis libris imposuerunt, non recte scriptum inveniatis, et hoc reformetis, et ordini moderato tradatis, ut hoc videatur esse verum et optimum et quasi ab initio scriptum quod a vobis electum et ibi positum fuerit, et nemo ex comparatione veteris voluminis quasi vitiosam scripturam arguere audeat.*

quelli, che ci pervennero interi per un mezzo più puro (1). Questi cambiamenti si fondano in parte sulla necessità di porre di accordo i frammenti, il cui dritto erasi mutato, con quello vigente, e particolarmente per sopprimere la memoria d'istituzioni antiquate (2), in parte furono fatte per conciliare le controversie fra i giureconsulti (3): ma non mancano pure di quelli, che sembrano al tutto arbitrari, e nei quali furono cambiate soltanto le espressioni con altre che non sono certo migliori (4). Lo spirito dei giureconsulti romani è tanto forte, che esso conserva la sua forza originale anche a traverso un mezzo di trasmissione tanto impuro; soltanto nella considerazione dei particolari sarà bene non dimenticare la possibilità d'una interpolazione. Ma come qui si è operato spesso poco criticamente, è avvenuto dall'altra parte, che si fu troppo corrivo nell'ammettere delle interpolazioni, e che sotto l'apparenza della critica si è dato pruova d'un difetto compiuto di questa.

E) Questi digesti di Giustiniano servono di passaggio ai lavori giuridici, che sono la terza specie di quelli pervenutici. In un lavoro di simile ragione può concepirsi una maggiore o minore purezza delle materie, e quelli, dei quali sarà menzione, si differenziano fra loro sotto un tale rispetto moltissimo: alcune volte i cambiamenti ai quali fu soggetto uno scritto furono limitati alla sola forma, altre volte furono estesi al contenuto, ma nell'uno e nell'altro caso avvennero in un grado differente.

13) Nel principio del terzo secolo un maestro di lingua greca e latina *Dositheus magister*, formò un libro per le scuole sotto il titolo *ermeneumata*, o *interpretamenta* in tre libri, dei quali i due primi contengono una grammatica e delle glose, ed il terzo una collezione di frammenti per esercizio di tradurre dal greco nel latino e da questo in quello: questi sono in massima parte degli estratti di altri scritti (5). Fra i quali havvenne uno d'un'opera giuridica, sulla divisione del dritto in *ius civile*, *naturale* e *gentium* e poi della distinzione delle persone in liberi e liberti, e delle manumissioni. I manoscritti contengono di essi un testo greco, ed un altro latino molto difettoso, ed in parte incomprensibile (6), per il greco non può dubitarsi che sia una traduzione dallo scritto greco fatta dallo stesso Dositeo, ma per il latino stante la sua imperfezione si è opinato che fosse una novella traduzione dal greco fatta o dallo stesso Dositeo (ed a questo proposito si fecero molte inverisimili supposizioni) o dai suoi discepoli. Il problema fu risoluto da Lachmann in un modo al tutto soddisfacente. Dositeo inserì nella sua opera il testo originale latino, e la sua traduzione greca, l'uno e l'altra per servire di riscontro e di esercizio ai suoi discepoli, che dovevano apprendere i due testi sia scrivendoli sia riducendoli a memoria. Per un tale lavoro e sotto le direzione dei maestri posteriori, e con un avvicinamento parte fortuito parte volontario delle parole latine colle greche, il testo latino originale dovè prendere quella forma, che ora conserva nei manoscritti. Lachmann, che il primo ha pro-

(1) Per darne un esempio: Nei frammenti vaticani (§. 12.) leggesi il seguente brano dei responsi di Papiniano: *ante pretium soluctum dominii quaestione mota praetium emtor restituere non cogetur, tametsi maximi fideiussores evictionis offerantur, cum ignorans possidere coeperit, nam usucupio frustra complebitur anticipata lite, nec oportet evictionis securitatem praestari, cum in ipso contractus limine domini periculum immineat.* Il medesimo brano leggesi nel seguente modo cambiato nella L. 18. §. 1. *D. de per. et comm.* (18. 6.): *ante — emtor solvere non cogetur, nisi fideiussores idonei a venditore eius evictionis offerantur.* Nel seguente frammento delle sentenze di Paolo (L. 47. §. 1. *D. de neg. gest.* 3, 5.) può riconoscersi l'interpolazione delle parole notate senza bisogno di confronto: *nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est, eundemque habet effectum.*

(2) Per esempio, *Vatic.* (§. 89.): *— si fugitivus — stipuletur aliquid, vel mancipium accipiat;* Digesti (L. 12. §. 3, *de usufr.* 7. 1.): *vel per traditionem accipiat.*

(3) Ci porge un esempio la L. 28. *de reb. auct. iud. poss.* (42. 3.) conf. colla L. 42. *pr. de acquir. ered.* (29. 2.).

(4) Per esempio, Vatic. (§. 89.) *— si fugitivus in quo ususfructus meus est stipuletur aliquid — nam qua ratione inquit, retinetur a proprietaris domino possessio, etiamsi in fuga servus sit, pari ratione etiam ususfructus non amittiiur.* Digesti: *— in quo meus ususfructus est. stip. aliquid ex re mea — retinetur a proprietario possessio — ususfructus retinetur.*

(5) Una edizione compiuta di questo terzo libro è stata curata da Böcking Bonn. 1832, 8.

(6) Il testo latino fu pubblicato la prima volta da P. Pithou nella sua edizione della *collatio* Par. 1573: il greco ed il latino da Röver *fragm. veteris Icti de iuris speciebus et de manumissionibus* L. B. 1739. 8, e posteriormente da F. A. Schilling: *diss. crit. de fragmento iur. rom. dositheano.* Lips. 1819.

posto il vero modo critico di restituire da queste forme corrotte l' originalità al frammento di Dositeo, pruovossi pure ad attuarlo ed in parte felicemente (1). Da quale scritto fosse preso il frammento non può definirsi con sicurezza, ma non è probabilo, come fu opinato da Schilling, che fosse una composizione fatta su molti giureconsulti, giacchè quello, che ci vien dato da Dositeo, poteva bene ritrovarsi in una sola opera, ed era molto facile che ciò fosse nelle opere della qualità di quelle, ch' egli pose a profitto. Lo stesso Dositeo denomina l'opera *regulae* (§. 5. in Lachmann): sicchè è più probabile l' opinione di Lachmann, che il frammento fosse stato preso da *Pauli regularum libri* VII.

14) *Juli Pauli sententiarum* (*receptarum*) *ad filium libri* V. quali sono contenute nel codice romano dei Visigoti (il così detto *Breviarium*). Il nome *receptae sententiae* usato per un tale scritto variamente ridotto anche in altre collezioni, occorre soltanto nei soli manoscritti del *breviarium*, e nè anche in tutti. Furono fatte molte supposizioni sulla origine di questa giunta. A me sembra, che fu originata dalla loro ammissione nel *breviarium*, volendosi con essa distinguere l' opera di Paolo quale fu ammessa in questo codice dalla originale (il cui uso fu vietato nella pratica giudiziaria), ed in tal modo dovette la giunta (*receptae*) passare nei manoscritti. L'opera è divisa in cinque libri, ciascuno dei quali in titoli con rubriche: questa fu la sua forma primitiva e non fu data ad essa dai compilatori del *breviarium*. L'ordine dello scritto è quello del commentario dell'editto: era destinato a dare un concetto più breve e compendioso dei principii giuridici svolti in quei vastissimi libri, e sotto un tale rispetto non può essere noverato fra le opere scientifiche più importanti. Per quanto riguarda l'attività degli autori di essi (o di colui fra loro, al quale fu commessa questa parte del lavoro), è indubitato ch'essi ne esclusero non solamente dei singoli brani, ma titoli interi, come ci è fatto conoscere dagli innumerevoli frammenti dell' opera, i quali ci pervennero per altre vie (2). Con ciò nondimeno non sarebbe necessariamente esclusa la purezza della parte, che ci è data. Questa però diviene impossibile, quando non vengono lasciati i soli titoli o frammenti interi, ma si tocca la parte intima di questi, sicchè non sempre furono lasciati nella loro interezza i principii dello scrittore sebbene fossero fra loro connessi. Che l'epitomatore avesse ciò fatto non è dubbio (3). Certo non s' intese produrre veri cambiamenti nel testo, sebbene non si possa dirlo con certezza considerando il metodo seguito per Caio, del quale faremo parola appresso: in tutti i casi i cambiamenti, che l' autore del lavoro sopra Paolo, credè necessari, furono di poco momento: del tutto certo non se ne astenne (4). Le *sententiae* furono pubblicate molte volte quando isolatamente, quando con altre fonti: la prima edizione apparve in Parigi (1525. 4.): nelle posteriori furono accresciute moltissimo, parte con quei frammenti, che sono compresi nel lavoro visigotico, e furono tratti da manoscritti più compiuti del breviario (5), e parte con brani, che pervennero per altre vie (*collatio*, *consultatio*, *digesta* ecc.) 2).

15) Il dritto romano dei Visigoti almeno secondo il progetto primitivo doveva contenere anche una riduzione dei responsi di Paolo e di Papiniano (6), ma in nessuno dei molti manoscritti occorre qualche cosa di ciò, fatta eccezione d' un insignificante frammento tratto da Papiniano *libro* I. *responsorum sub titulo de pactis inter virum et uxorem* (7).

16) Abbiamo due riduzioni delle Istituzioni di Caio. L'una sotto il nome *Iustiniani institutiones* formante parte della legislazione giustinianea è fatta con alquanto accorgimento, ripetendo spesso le prime letteralmente, sebbene non poche cose vi fossero state cambiate, altre aggiunte, molte o-

(1) Lachmann, *Saggio sopra Dositeo*, stampato nel giugno 1837. 4.

(2) Che un tal codice non ne contenesse che un estratto lo dice nella *interpretatio* al *Tit. C. Th. de respons. prud.* e nel passaggio da Caio a Paolo Schulting, *Jurispr. antei.* p. 186.

(3) Si conf. per es. l'estratto della *Collatio* XVI. 3. con Paolo, qual'è nel Breviario IV. 8.

(4) Sotto questo rispetto sono importanti le edizioni di Cuiacio Par. 1558. 4. Lugd. 1566. fol. (col *Codex theod. etc.*) 1586. fol. gen. 1586. fol.

(5) La più recente edizione è quella di Ardis da servire per il *Corp. iur. antei.* Bonn. I frammenti, che non leggonsi nel *Breviarium*, sono notati con caratteri particolari. Hänel vi ha aggiunte molte varianti col conferire molti manostritti: *Varietas scripturae ex Pauli a Visigothis epitomati codicibus* Bonn. 1834, 12, e nel *Corp. iuris antei.* Bonn.

(6) La *interpretatio* alla *L.* 2. *C. th. de dotib.* (3. 13) accenna ai responsi di Paolo *sub titulo de re uxoria.*

(7) Schulting, *Jurisprud. antei.* p. 810. *Corp. iur. antei.* Bonn. p. 39.

messe. L'altra (1) è contenuta nel Codice romano dei Visigoti *Caii institutionum libri*. II. (il primo libro in 9, il secondo in 11 titoli), nel quale non solamente vedesi omesso tutto il contenuto del quarto libro delle istituzioni, ed anche molte cose dei rimanenti (sicchè questo estratto forma appena la sesta parte del vero Caio), ma il compilatore ha pure in molte parti mutato e guasto quello che vi comprese, tanto che alcune volte riesce impossibile riconoscerlo. 17) Il Codice Romano dei Burgognoni (il Papiano) è formato in massima parte sulle fonti del dritto romano: per esso furono posti a profitto anche degli scritti giuridici, particolarmente le istituzioni di Caio e le sentenze di Paolo, alle quali l'autore molte volte accenna. Non gl'importava però di ripetere le parole delle sue fonti con una maggiore o minore esattezza, sicchè con un tale lavoro siamo giunti agli estremi della tradizione riconoscibile soltanto esternamente.

Le fonti speciali del dritto.

§. CIV.

Noi ripertiamo novellamente il dritto alle tre fonti di esso, al convincimento nazionale, quale manifestasi spontaneamente nei membri della nazione, (dritto consuetudinario), alla legislazione, ed alla scienza. L'attività di questi fattori del dritto non è isolata; nessuno di essi si sottrae al potere degli altri, ma il predominio dell'uno o dell'altro forma il carattere determinante d'uno dei periodi della storia del dritto. Fu osservato precedentemente, che se il dritto primitivo romano fu sotto la potenza creatrice della immediata coscienza popolare, in questo terzo periodo è la scienza, questa naturale dominatrice, che predomina, la quale nei limiti della sua attività o domina il governo e soccombe. Era necessario rappresentare questa sua importanza in quel luogo ed in quella estensione, che fu data alla considerazione della giurisprudenza romana nelle pagine precedenti.

Questi fattori del dritto prendono però diverse forme, nelle quali hanno la loro manifestazione e realtà Noi possiamo denominare queste forme fonti speciali o esterne del dritto: sono nello stesso tempo quelle, alle quali deve volgersi avanti tutto per riconoscere il dritto colui, che deve applicarlo. Secondo queste forme i giureconsulti romani distinguono il dritto in *ius scriptum* e non *scriptum*: l'ultimo *ius quod sine scripto venit* contiene sì quel dritto dettato da intime ragioni come quello che si fa riconoscere nella pratica. A questa pratica uniformemente ripetuta d'un principio, tradizione, *consuetudo*, accennano variamente anche i giureconsulti romani come ad un mezzo di riconoscimento del dritto ammettendola come la espressione tacita d'un comune convincimento giuridico (2). Essi enumerano come fonti del dritto scritto: a) le leggi sotto le differenti forme nella quali esistevano: queste sono (giacchè qui ripetesi il dualismo di tutto il corpo politico) quelle dell'antica repubblica, ossia, le determinazioni popolari *leges* (*leges* nel senso più limitato, e *plebiscita*), ed i *senatusconsulta*, e quindi le novelle forme, *constitutiones principum*: b) gli editti dei magistrati: c) i *responsa et sententiae prudentium* (3).

Al di sopra di queste forme, stante ancora il supremo potere del popolo, sta sempre la determinazione popolare, sulla cui forza è misurata quella delle altre; pareggiolla quasi il senatoconsulto a causa della condizione sempre più elevata del senato, alla quale sforzavasi fin dal precedente periodo un partito, e che era divenuta una inevitabile realtà: la forza degli ordinamenti dei principi è dedotta dal potere legislativo del popolo: a tutta questa prima categoria è riconosciuta la *legis vicem*; quello che è statuito da queste leggi non ha una efficacia minore d'una vera *lex*, sì positiva come negativa, che si manifesta nella derogazione d'un precedente principio di dritto (4). Tutt'altra cosa è a dire della seconda classe; gli *edicta mdgistratum* non hanno *legis vicem*; non avendo nè la forza positiva, nè la negativa delle leggi, la loro è

(1) Pubblicata sovente colle altre parti del Breviario nel *Corp. iur. antei.* Bonn. p. 9. e segu. (da Böcking). Quante volte nella nostra letteratura prima della scoverta del vero Caio sono citate le istituzioni di questo si accenna sempre a quelle. Ora sono distinte dalle vere colla indicazione: *epitome Caii*, o Caio visigotico.

(2) *L.* 32 — 39. *D. de legib. S. quae Ctis et longa consuetudine* (1. 3) Puctha, *Dritto consuetudinario* I. p. 56 — 112.

(3) Caio I. 2 — 7. Papiniano *L.* 7. *D. de iust. et iure* (1. 1).

(4) In questo modo è determinata la forza del dritto consuetudinario: *Iulian.* L. 32. §. I. *D. de leg: inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur* (che è quanto dire: *legis vicem habet*). Il giureconsulto conchiude: *quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum populi* (nei digesti: *legislatoris*) *sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*

dipendente dalla estensione limitata dei poteri del magistrato. Per la terza classe non può ammettersi una forza negativa; nè può pretendersi che avvenga l'annullamento delle leggi per propria autorità dei prudenti: per quanto riguarda la loro forza positiva, questi organi del dritto hanno di speciale ed in ciò distinguonsi dalle altre due classi, che le loro sentenze possono avere in alcuni casi *legis vicem*: alcune volte non avevano alcuna forza, nè anche la meno che potrebbe avere la seconda classe.

Noi intendiamo prendere in considerazione singolarmente queste forme del dritto scritto sì nella loro qualità, come nella loro efficacia, e nel medesimo tempo indicare gli effetti, che sopravvissero, e ci pervennero di ciascuna di esse.

Leges et Senatusconsulta.

§. CV.

Il supremo potere legislativo del popolo fu riconosciuto non solo teeroticamente, ma anche confermato sotto Augusto e suoi successori per molte leggi, che questi principi lasciarono statuire nel modo tradizionale dalle assemblee popolari, e che formarono una parte del dritto scritto certo non così vasta come quella proveniente dai tempi precedenti, ma sempre considerevole e per autorità imponente. La possibilità di questa legislazione popolare non cessò durante tutto questo periodo, ed anche Caio ne parla come di cosa tuttavia esistente, almeno potenzialmente, giacchè definisce la legge *quod populus iubet atque constituit* (che le istituzioni giustinianee cambiano in un *constituebat*). Ma l'uso di questa forma addivenne molto raro fin dalla seconda metà del primo secolo: dopo Nerva (1) non occorre più alcun altro esempio d'una *lex* (2).

La decadenza della legislazione popolare si connette al successivo concentramento dell'elemento republicano della costituzione nel senato. Quando Pomponio spiega la crescente importanza dei senatoconsulti colla osservazione, che nei tempi posteriori sarebbe stato malagevole assembrare la moltitudine del popolo immensamente cresciuta, e ch'era quindi necessario circoscrivere il potere nel centro più angusto del senato (3), era questa certo per gli antichi tempi ai quali egli mirava, una osservazione leggiera e conforme alle condizioni presenti, ma ci rende con essa una imagine fedele della opinione politica del suo tempo, sulla quale fondavasi il potere che aveva allora il senato. Sotto i primi principi occorre molto frequentemente la partecipazione del senato alla legislazione sotto l'antica forma d'un atto preliminare per una rogazione da presentarsi al popolo, e può anche dirsi che tutte le leggi di quel tempo furono fatte in questo modo. Ma fin dal tempo di Augusto in alcuni casi fu creduto bastare uno *senatus consultum*, e ciò divenne sotto i suoi successori sempre più frequente, finchè infine fu omessa al tutto la *rogatio* al popolo, ed i senatoconsulti presero le veci delle leggi trasmettendosene loro anche il nome (4). Questo totale pareggiamento dei senatoconsulti colle *leges* è espresso dal fatto, che essi furono denominati dall'autore, che li proponeva, come usavasi anticamente per le leggi. Cio avvenne anche sotto Augusto per un senatoconsulto, se è vero, che il *S. C. Silanianum* appartenga realmente al suo tempo: e lo fu molto più frequente presso i suoi successori. Nondimeno conservossi ancora per

(1) Si fa menzione d'una *lex agraria* di questo nella L. 3. §. I. *D. de term. moto* (47. 21).

(2) Si è affermato che vedesi ricordata una *lex* anche al tempo di Traiano sul fondamento della *lex vectibulici* mentovata in un rescritto di Diocleziano (L. 3. *C. de servis reip. manum.* 7. 9.), *cuius potestatem senatusconsulto Iuventio Celso uterum et Neratio Marcello consulibus facto ad provincias porrectam constitit.* Da ciò risulta con certezza che la legge indicata con quel corrotto nome è anteriore al senatoconsulto tenuto nell'anno dodicesimo del governo di Adriano (1 29): tutt'altro è incerto: come per esempio l'opinione di Pancirolo che attribuisce la legge ad un V. Bulico, e fa questo console sotto Traiano (111.) mentre Rotgersius legge Vettii *Publici*, ed accenna a due *consulis suffecti* sotto Nerva, Publicio Certo, e Vettio Proculo.

(3) L. 2. §. 9. *D. de orig. iur.* (1. 2.)

(4) Così Caio (I. 83 — 86) non dubita denominare *lex* un *S. C. claudianum*, dopo avere particolarmente parlato d'una *lex vel quod legis obtinet.* Avveniva quì quel medesimo cambiamento nel linguaggio che per il plebiscito, la cui vera indicazione era *lex pleibeiscitum*, ma che bentosto fu detto solamente *lex*. Del resto cominciossi pure a denominare *comitia* le sedute senatorie: Capitol. *Marc.* 10. Ed anche quando era seguito da legge, non di rado usossi indicare il solo senatocousnlto, relativamente al quale la *lex* che doveva confermarlo divenne sempre più una inutile formalità (come per esempio per la *lex de imperio*).

molte di queste leggi l'antico uso d'indicarle senza alcun nome e colla semplice giunta della data (dei consoli), sicchè non si può arbitrariamente dare loro un nome, anche quando le persone proponenti sieno conosciute (1): tanto più che il nome era per esse sì poco solenne, che in un caso speciale fu preso da un malfattore il cui delitto era stato la causa immediata d'una legge, il che sarebbe inconcepibile per le *leges* (2). La maggior parte delle leggi senatorie relative al dritto civile intervennero nel tempo da Claudio fino a Settimo Severo: dopo questo Principe non ne occorrono più. Del resto s'intende chiaramente, che il senato nella legislazione era tanto poco dipendente dalla volontà del principe quanto nelle rimanenti operazioni. La mozione veniva da questo, che faceva conoscere la sua volontà al senato in differenti forme, delle quali la più solenne era la *oratio principis*, che certo non importava, ch'egli si appresentasse personalmente al senato, potendo essere letta da un altro (3). A questa proposta teneva dietro l'esposizione fatta dai consoli, o da un altro magistrato, che convocava il senato.

Prendendo più da vicino in considerazione gli effetti di questa legislazione prodotti per mezzo delle leggi e dei senatoconsulti, ci si fa manifesto, che non furono questi di piccolo momento. Si appresenta avanti tutto lo sforzo di provvedere per mezzo di leggi repressive ai più svariati mali, che a quel tempo corrompevano anche le basi della vita civile. Questo sforzo, al quale furono mossi da una buona ma male avvisata volontà governanti ed uomini politici intollerantemente attivi, altri dal desiderio e dalla necessità di distrarre i loro propri occhi e lo sguardo degli altri dalle vere radici del male, e dai rimedi che avrebbero potuto essere veramente salutari, fu quello che dettò al profondo ed ingegnoso Tacito l'inutile e dolente esclamazione: *corruptissima re publica plurimae leges*, e gli fa ricordare i tempi, nei quali più potevano i costumi, che le leggi rimunerative o punitrici (4).

§. CVI.

Negli ultimi tempi della republica i partiti politici eransi serviti alternativamente quando della spada quando della legislazione per guerreggiarsi; questa passò di mano in mano con tanta speditezza, che non sarebbe stato possibile il concepirlo nei tempi anteriori. Il primo di questi potenti, che sentissi sopra un terreno più fermo, e che potè sperare di costituire un dominio più duraturo, dovè riconoscere come una necessità dare al torrente della pubblica attività una direzione novella, ed occupare gli animi con leggi di altra natura, e che erano lontane dall'agitazione politica. A ciò tendeva Cesare, e pensieri di riforme molto vasti andarono con lui nella tomba. Ebbe particolarmente in pensiero il dritto civile, e dovette avere il proposito di ridurre a maggiore semplicità ed in un solo codice le leggi e le regole sparse (5).

(1) Come avvenne per il *S. C.* sotto Adriano (129), che vedesi ripetuto nella L. 20. §. 6, *D. de hered. pet.* (5. 3.), e che i nostri giuristi sogliono denominare *S. C. iuventianum*. Del resto anche questo nome è malamente scelto. Giacchè delle quattro persone indicate nel principio del documento le due prime sono i *consules ordinarii* dell'anno, la cui menzione tien luogo della data; gli altri due che come *suffecti* li sostituirono nel cominciamento dell'anno sono quelli che fecero la proposta al senato. Io leggo quindi nel seguente modo. *Pridie idus martias Q. Iulio Balbo et 6. Iuventio Celso coss. Titus Autidius Oenus. Severianus consules verba fecerunt* etc.

(2) *S. C. macedonianum : Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset* etc. L. 1. *D. de S. C. Maced.* (14, 6).

(3) Oltre l'orazione usavasi anche la forma d'una epistola.

(4) Tacito *Annal.* III 26-28 è questo uno sguardo retrospettivo portato alla storia della legislazione, che non dee essere considerato cogli occhi dello storico critico, ma come lo sfogo d'un animo che si addolora sopra beni perduti per sempre, si adira contro la incapacità di coloro, che cercavano provvedervi con mezzi artificiali, ed al quale è negato il sole delle speranza.

(5) Svetonio, *Iul.* 44. Vi si riferiscono probabilmente i venti libri di Ofilio, *de legibus*. Non si aveva alcun testo officiale, ed il dritto era rimesso all'arbitrio degli *apparitores* e *librarii*. Cicerone, *de legib.* III. 20: *legum custodiam nullam habemus: itaque hae leges sunt, quas apparitores nostri volunt: a librariis petimus, publicis litteris consignatam memoriam pubblicam habemus. Graeci hoc diligentius, apud quos nomofilaxes creantur nec hi solum litteras (nam id quidem etiam apud maiores nostros erat), sed etiam facta hominum observabant, ad legesque revocabant.* Del resto anche Pompeio ebbe il pensiero di fare una collezione: Isidor. *orig.* v. c. I. §. 5. *leges autem redigere in libris primus consul Pompeius instituere voluit* (702), *sed non perseveravit obtrectatorum metu. Deindes Caesar coepit id facere, sed ante interfectus*

Il suo successore Augusto seguì la medesima direzione: senonchè i suoi pensieri furono meno vasti di quelli del suo predecessore. Alcuni mali nella vita civile avevano prese proporzioni tanto scandalose, ch'erano a ciascuno visibili: egli applicò l'animo a provvedervi per mezzo delle leggi, ed in ciò lasciò ai suoi successori una eredità sempre attiva e modificantesi. Fra questi obbietti della legislazione si distinguono particolarmente i seguenti.

Nei tempi antichi era una violazione dei buoni costumi e del dovere d'un onesto cittadino vivere celibe: l'essere orbo di figli dava fondamento al sospetto di dissolutezza, o di esposizione di questi. Era ufficio de' censori ammonire colui che indugiava a formare una famiglia, e punire gli ostinati. Ciò avveniva specialmente con una multa, *aes uxorium*, ch'essi gravavano sul vecchio celibe (1). L'educazione dei figli dava dritto a certi vantaggi (2): Cesare spartì con una legge agraria le terre pubbliche della Campania fra i cittadini, che avevano tre o più figli (3). Negli ultimi tempi il celibato aveva preso uno straordinario predominio fra i più grandi, ed anche nella classe media: una dissoluta licenza governava i due sessi, il sentimento di famiglia sembrava essere divenuto una stranezza. Questo male appalesossi nel modo più evidente col menomarsi dei cittadini: i vuoti, che le guerre civili producevano nelle famiglie non erano ripieni: era questo il danno maggiore, che poteva avvenire ai governanti di quel tempo. Cesare aveva trovato nel censimento la metà dei cittadini di quello ch'essi erano prima della guerra civile. A questo punto applicò particolarmente l'animo Augusto sin dal principio del suo regno. Pochi anni dopo la battaglia di Azio nel suo sesto consolato (726) sembra ch'egli avesse statuito sopra alcuni particolari di questa materia (4); e nell'anno 736 fece al senato la proposta d'una legge, nella quale furono ordinati alcuni disvantaggi legali per il celibato, dei vantaggi per il matrimonio e per la procreazione dei figli, e dava nello stesso tempo certe regole sulla qualità dei matrimonii, che dovevano poter pretendere a questi vantaggi (5). Durò fatica ad ottenere un favorevole senatoconsulto. Questa rogazione, che come *lex de maritandis ordinibus* leggesi nel *S. C. de ludis saecularibus* del 736, fu proposta da lui al popolo, che con un gran tumulto la rigettò (6). Fu forza per lui quietare per lungo tempo, finchè verso la fine del suo regno fece riprodurre la sua legge, lenì le pene, aumentò le ricompense, concesse una *vacatio* di tre anni, prima dei quali la legge non avrebbe potuto essere applicata contro alcuno per dare a ciascuno il tempo di conformarsi ai suoi ordini, e così fu approvata la *lex iulia de maritandis ordinibus* sotto il consolato di S. Catone e di C. S. Saturnino (757). Nell'anno 760 era già decorsa la *vacatio*, e nondimeno videsi obbligato a concederne una seconda di due anni: sicchè la legge doveva essere applicata nel 762, ma i cavalieri vi si levarono novellamente contro, e tumultuosamente ne chiesero l'abrogazione. Augusto tenne il fermo, ma nel medesimo tempo che concedeva un'altra *vacatio* d'un anno, fece aggiungere alla prima una seconda legge, nella quale furono statuite molte novelle regole. È questa la *lex papia poppaea* così denominata dai *consules suffecti* di quest'anno M. Papio Mutilo, e Poppio Secondo (7). Ciascuna di queste leggi, che non furono confuse in una sola (è perciò che la *lex iulia* e la *lex papia* sono citate particolarmente) e che nel loro insieme sono dette *lex iulia et papia poppaea*, divisa in un gran numero di capitoli, aveva un doppio obbietto: 1) *de maritandis ordinibus (pars nuptialis)* sulla formazione dei matrimoni, sui vantaggi che ne provenivano a coloro, che lo contraevano e ne avevano dei figli, e sui disvantaggi del celibato e della orbità: 2) *de caducis (caducaria)* sull'autorità di quelle regole sulla successione testamentaria, e particolarmente sul destino di quei beni, che a causa di celibato e di orbità o per tutt'altra ragione non li prendeva colui, al quale erano dati per testamento, disponendone la legge parte a favore di coloro, che avevano

est. Forse aveva in proposito le sole leggi penali. Huschke, *Giorn. per la scienza stor. del dritto* XV. p. 196, not. 4.

(1) Paolo Diacono, *ex Festo v. uxorium*. Valerio Massimo II. 9. 1. Cicerone, *de leg*. III. 3. *caelibes esse prohibendi*.

(2) Per i tempi più antichi veggasi, Livio, 45. 15. Gellio, V. 19.

(3) Svetonio, *Jul*. 20. Dione Cassio, XLIII. 25.

(4) Tacito, *Annal*. III. 28.

(5) Dione Cassio, LIV. 16.

(6) Svetonio, *Octav*. 34. La gioventù licenziosa ne menò trionfo, avendo felicemente superato un pericolo, che minacciava le sue tendenze. Proper. *Eleg*. II. 7: *gavisa es certe sublatam, Cynthia, legem, qua quondam edicta flemus uterque diu*.

(7) Dione Cassio. LVI. 1-10; egli osserva che questi consoli erano essi stessi orbi di figli.

seguiti i suoi ordinamenti parte a vantaggio dell'erario (1). Sotto i seguenti imperadori la legislazione ritornò sovente su questi punti: e furonvi non pochi senatoconsulti sì per meglio determinare alcuni particolari, come per provvedere acciocchè non fosse elusa la legge.

Se noi interroghiamo a che giovarono queste leggi con tanta fatica formate, è chiaro, che lo scopo, che Augusto apparentemente faceva valere, e vogliamo pure ammettere che fosse realmente il principale per lui, non fu raggiunto: nè questo potrebbe far maraviglia trattandosi di mezzi esterni e che in parte violavano il vero sentimento morale (2) diretti a curare un male, che radicavasi profondamente negli animi. Potevasi in questo modo ridestare il sentimento della vita di famiglia, e della moralità? Pochi erano tanto semplici e di buona fede da guardare la cosa sotto questo punto di considerazione: i più erano piuttosto persuasi che tendevasi ad ingrossare le finanze, ad arricchire l'erario: ed a ciò giovarono realmente quelle leggi (3): ma a qual prezzo? l'oppressione divenne più grave: gli spioni stimolati dalle ricompense, che assicurava loro la legge, penetravano nell'interno delle famiglie per spiare quali beni fossero loro pervenuti per eredità, perchè (come Tacito con un amaro sarcasmo lascia comprendere) lo stato essendo il buon padre di tutti (come quelle leggi davano ai padri in privilegio il *ius patrum*) prendesse per se tali beni (4). A questo fine furono fatte quelle leggi, che con un numero immenso ed arbitrario di regole portarono la confusione nelle più importanti materie del dritto, sicchè fu necessaria tutta l'arte dei giureconsulti romani per incarnare questi elementi discordanti nel sistema del dritto romano, e per potere, per quanto era possibile, conservare la primitiva purezza di questo, che tanto ne fu turbata in quelle parti.

Può considerarsi come un complemento alla legge giulia e papia l'altra *lex iulia de adulteriis*, che probabilmente fu fatta nel medesimo tempo, in cui quella era per la prima volta proposta. Come la legge giulia e papia tendeva a favorire i matrimonii, così questa a minorare le relazioni di famiglia illegittime minacciando di pena l'adulterio, ch'era divenuto un vizio comune, lo stupro, e coloro, che facevansene complici. E perchè le adultere sovente facevansi scudo d'un divorzio, col quale pretendevano di essere sciolte dal matrimonio, fu aggiunto nella legge, che potesse valere per esimere dalle pene soltanto quel divorzio che fosse avvenuto pubblicamente davanti a sette testimoni. Ma sotto un altro rispetto questa legge era favorevole alle donne in quanto che toglieva al marito la capacità di alienare un terreno formante parte dei beni dotali, in un capitolo speciale: *de fundo dotali*. Augusto pubblicò altre leggi criminali, *lex iulia de ambitu*, *maiestatis*, *de peculatu*, *residuis et sacrilegio*, *de vi pubblica et privata*, *de fraudata annona*, nelle quali come nelle leggi sulla procedura, *leges iuliae iudiciorum pubblicorum privatorum*, venne incontro ai bisogni del suo tempo meglio che in quelle sul celibato e sull'orbità.

Un altro obbietto, che a causa dei suoi grandi effetti sul bene pubblico occupò in molte guise la legislazione fu la schiavitù. Nulla conferì tanto alla corruzione del popolo romano quanto l'abuso che fecesi d'una tale istituzione, poichè passarono gli antichi tempi patriarcali. L'abitudine di considerare e trattare esseri della medesima specie come cosa vile e simile alla materia, porta con se una terribile ed inevitabile vendetta. Ma più funeste conseguenze furono anche visibili presso i Romani stante il numero straordinario degli schiavi posseduti a migliaia dai singoli cittadini. Questa moltitudine era obbietto di silenzioso terrore agli stessi Romani, sebbene niuno di essi si risolvesse a privarsene. Essi non temevano il contagio morale, che inevitabilmente si communica da un numero tanto preponderante di

(1) Su questo proposito indicheremo qualche cosa di più particolare nella storia del dritto privato.

(2) Ci basti toccare soltanto alcuni punti: il sentimento morale della nazione considerava come onesto, che una vedova tale rimanesse: *univira* era una lode come *castissima*: ma la politica del legislatore tendente all'aumento dei matrimonii ordinò il secondo matrimonio dando alla vedova soltanto una dilazione di due anni nella legge papia, e di un anno nella giulia dopo la morte del marito. In quanto poi alle ricompense per la procreazione dei figli, a quanti Romani non dovette piacere la legge secondo la quale una schiava quando avesse aumentata la proprietà del suo padrone con i figli era esente dai servizii servili, ed ove fosse stata più feconda era ricompensata colla libertà? Columella, *De R. R.* I. 8.

(3) Tacito, *Annal.* III. 25: *incitandis caelibum poenis et augendo aerario.*

(4) Tacito, *Annal.* III. 28: *acriora ex eo vincla, inditi custodes, et lege papia poppaea praemiis inducti, ut si a privilegiis parentum cessaretur, velut parens omnium populus vacantia teneret. sed altius penetrabant, urbemque et Italiam et quod usquam civium corripuerant, multorumque excisi status.* Plinio, *Paneg.* 34.

uomini in gran parte corrotti per le condizioni, nelle quali trovansi: e pure non era questo il minore dei pericoli in paragone d' una violenta sollevazione. E quando questi dovevano ai loro padroni dopo un servizio umiliante e forse dopo un delitto la libertà, che spesso èra la ricompensa data agl' infami ministri della vita immorale dei padroni, quale prospettiva per uno stato, che vedevasi arricchito di simili cittadini, giacchè il liberto acquistava il dritto di cittadinanza del patrono? Fatta astrazione dalle qualità speciali di ciascun individuo, la grande moltitudine, che perennemente penetrava nella classe dei cittadini, era per se stessa una calamità. E quando divenne una moda avere non tanto molti schiavi, ma una corte di liberti, le manomissioni addivennero particolarmente per la gioventù della classe più alta un modo di prodigalità, che come qualunque altra era spinta agli eccessi. Molti che durante la loro vita avevano dato pruove d'una sporca economia, cercavano ristabilire lo splendore del nome almeno nel momento della morte con un gran numero di manomissioni testamentarie. Augusto che vide un tanto male, non potè sperare di distruggerlo dalla sua radice, e di limitare la schiavitù: ma intese colla legislazione a troncare dei germogli, che vi si erano formati.

Eranvi due mali nello stato, cui la legislazione cercò rimuovere o almeno minorare. L' uno consisteva nel duro trattamento degli schiavi, dal quale pericolose agitazioni erano state già cagionate: e questo pericolo anzichè scemare era cresciuto dopo le lotte civili. Una crudeltà spesso usata e particolarmente dai ricchi era l' uso che facevasi degli schiavi per le lotte cogli animali: una legge, *lex petronia*, sottrasse un tale uso dall' arbitrio dei padroni, ordinando che non potessero essere adoperati per questo spettacolo che in pena d'un delitto e dopo una sentenza giudiziaria. Probabilmente la stessa legge indicò un magistrato speciale in ciascuna città, al quale il padrone doveva potere esporre i suoi reclami e querele sullo schiavo per ottenerne la condanna (1). Forse non era questo il solo contenuto d'una tale legge: ma fu pure estesa da senatoconsulti posteriori.

Un altro pubblico male proveniente dalla schiavitù era il gran numero delle manomissioni, per le quali lo stato veniva popolato da cittadini vilissimi. Una legge pubblicata verso la metà dell' ottavo secolo, *lex furia caninia*, limitò le manomissioni testamentarie fissando un termine, che non poteva essere trasgredito dal testatore e ch' era proporzionato al numero degli schiavi, ch'egli possedeva. Molto più limitativa del dritto di manomettere ed anche più generale fu un'altra legge, *lex aelia sentia*, presentata nel 757 ai comizi dai consoli di quest' anno. Essa conteneva in gran parte delle regole buone e rimaste lungo tempo inapplicate, sì vietando delle manomissioni sconsiderate fondate sopra cattivi motivi, e dannose al bene comune, come pure limitando i loro effetti sullo stato ed in ispecie col negare il dritto di cittadinanza ai liberti. Questa, senza invero impedire che molti liberti divenissero liberi, escludendoli dalla cittadinanza servì d' introduzione a quelle leggi, che cagionarono molte altre differenze di classe, e furono l' origine dei latini e peregrini fra i cittadini. Dall'altra parte essa escludeva soltanto pochi liberti deffinitivamente e per sempre dalla cittadinanza, e dava i mezzi, onde questi latini avessero potuto ottenerla; i quali mezzi erano ragionevoli e tendenti al pubblico bene: ossia, quando un tale latino aveva formata una famiglia sposando una donna della sua condizione o una cittadina, e ne aveva un figlio di un anno, poteva pretendere di essere dichiarato cittadino colla moglie e col figlio. Questi modi di acquistare la cittadinanza crebbero posteriormente per altre leggi, sebbene queste non fossero fatte colla medesima prudenza ed accorgimento come la legge *aelia sentia* (2).

§. CVII.

Molti frammenti ci pervennero delle leggi formate sotto Augusto e nei tempi poste-

(1) *L.* 11. §. 2. *D. ad L. Corn. de sicar.* (48. 8.). A ciò si riferisce il *praefectus iuri dicundo lege petronia* in una iscrizione trovata a Pompei: Savigny, *Giorn.* IX. p. 374, ed in un' altra (Orell. 3680) P. L P. (*praef. lege petronia*). Noi non investigheremo, se la *lex iunia petronia*, o *patronia*, che occorre nella L. 24. D. *de man.* (40. 1.) sia la identica. Volle fissarsi il tempo della legge sotto il governo di Nerone, giacchè nel 811 fuvvi il console Petronio; ma ciò non è certo sì perchè quel nome era molto comune, come ancora che non può dirsi, che fosse questa una *lex centuriata*, sicchè nè dovesse essere autore il console. È indubitato però che la legge dovette essere molto anteriore alla distruzione di Pompei.

(2) Esporremo il contenuto sì di questa come delle altre leggi nella storia del dritto privato.

riori nella loro forma primitiva, e quali furono gravate sopra tavole di bronzo, come pure d'una *lex de imperio Vespasiani*, e forse sono della stessa natura una sul *magistro aquarum* (1), due di un *S. C.* in onore di Germanico, quindi due *S. CC.* sulla conservazione degli edifici contro coloro, che per fine di guadagno li demolivano (2). Abbiamo pure le copie di alcune leggi parte sopra pietre (3), parte nei libri (4), come tre capitoli d'una *lex agraria*, che leggonsi nella raccolta degli *agrimensores*: fu confusa questa legge con una *lex manilia* sui confini (di cui trovasi menzione anche altrove) o *de coloniis*: ma più recenti investigazioni resero indubitato, ch' essa è una *lex agraria* di Caligula (5). Tutte queste tradizioni non riguardano immediatamente il dritto privato, ma anche di alcune leggi di dritto privato sussistono copie più o meno compiute negli scritti giuridici, dai quali passarono nel digesto (6).

Della maggior parte delle leggi ci pervennero solamente degli estratti del loro contenuto sì in generale come nei particolari: di questi però abbiamo sovente negli scritti giuridici e non giuridici dei singoli brani letteralmente riportati. Da queste sparse notizie sul contenuto generale e speciale delle leggi si è cercato ristabilire le più importanti di esse. Ciò fu fatto particolarmente per la legge giulia e papia, la ristaurazione delle quali sarebbe stata di grande momento per la loro estensione e connessione con altre importanti materie del dritto, ma che presenta una particolare difficoltà per la qualità dei frammenti che ci pervennero di esse e per l'incertezza della connessione delle mentovate leggi fra loro. Il migliore lavoro di questo genere è quello di Einnecio, senzacchè, fatta pure astrazione dalle aggiunzioni al contenuto delle leggi per novelle scoverte, potesse essere considerato come appieno soddisfacente (7).

Principum constitutiones.

§. CVIII.

La legge sull' *imperium* del principe facevagli abilità di statuire tutto quello ch'egli credeva conveniente al bene pubblico e privato. Stante questa generale delegazione fattagli dal popolo i suoi ordini avevano la medesima validità non altrimenti che se emanassero immediatamente da questo (8). Su ciò fondavasi il principio espresso da Caio quasi fosse indubitato, che gli ordini del principe avevano *legis vicem*: ciò non ostante nel linguaggio proprio non usavasi per questi la parola *iussus* come per le leggi del popolo nel presente tempo anche per quelle del senato, ma l'espressioni *decernere*, *censere*, *placere*, *constituere*, che adoperavansi altresì per gli altri magistrati ed anche per i giureconsulti: furono dette *constitutiones* non altrimenti che parlavasi delle costituzioni dei pretori e dei giureconsulti, sicchè per meglio specificarle fu necessaria la giunta *principum constitutiones*.

Certo con questo dritto dei principi non s'intese creare una novella forma di legislazione, che concepisse diversamente i casi della sua applicazione, le occasioni ed i modi di fare delle leggi, che per qualunque altro magistrato ed in ispecie per i supremi rettori dello stato, i consoli, i dittatori, i censori ed i pretori. La differenza era soltanto, che stante la maggiore estensione del suo potere le occasioni si moltiplicavano, e con queste cresceva la forza delle sue costituzioni. Questa consisteva in ciò, ch' esse non avevano la semplice realtà, che il principe poteva

(1) Haubold (Spangenberg) *monum. leg.* p. 177. Rudorff la considera come una semplice *lex collegi*.

(2) Haubold, *l. c.* p. 186 195.

(3) Veggasi i *S. CC.* in Haubold, *l. c.* p. 162. 163.

(4) Haubold *l. c.* p. 166. 169. 170. 174.

(5) Rudorff. *Sulla così detta lex manilia de coloniis.* giorn. IX. 12.

(6) Per esempio, della legge falcidia L. 1. *pr.* D. *ad h. Falc.* (35. 2.): del S. C. macedoniano, L. 1. *pr.* T. S. C. *mac.* (14. 6.): del S. C. sul reclamo di eredità. L. 20. §. 6. D. *de* H. P. (5. 2). ecc.

(7) Einnecio, *Comm. ad L. 1. et P. P.* 1726. Per i precedenti tentativi veggasi Haubold, *Inst. lit.* p. 318 e segu. fra i quali quello di Gotofredo 1617, migliorato nei *fontes quatuor iuris civilis*. Sulle aggiunzioni recenti veggasi Gitzler, *Quaest. de L. 1. et P. P.* 1835. Una nuova raccolta dei frammenti trovasi nei *fontes tres iuris civ. ant.* 1840. Possonsi leggere in Haubold *l. c.* p. 314 e segu. i tentativi di restaurazione di altre leggi (per esempio della *lex aelia sentia*) e di quelle del senato.

(8) *Lex de imperio Vespasiani*. In Dione Cassio LVI. 28, si fa parola di questa prima delegazione del potere legislativo nell' anno 765, nel quale fu fatta una legge, che quello che Augusto decideva coll'assistenza del suo *consilium*, fosse valido al pari d' un senato consulto. Sicchè con ragione Ulpiano poteva parlare di una piena devoluzione del potere del popolo al principe: *cum lege quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.* L. 1. *pr.* D. *de const. princ.* (1. 4).

dar loro colla sua propria applicazione (come avveniva per gli altri magistrati), ma a causa del loro pareggiamento colle leggi erano obbligatorie per qualunque altro magistrato,che non poteva rifiutare di applicarle. Con una parola : il principe non aveva soltanto l'autonomia, ma la nomotosia, ch'egli doveva esercitare nella forma in cui ne avevano la capacità i precedenti magistrati. Era perciò naturale, che la legislazione esercitata per mezzo delle legge popolari cessasse tramutandosi successivamente in quella del senato, senzachè fosse necessario ciò spiegare col desiderio dei principi di conservare al popolo l'apparenza d' una reale participazione al potere legislativo. Per rendere inutile questa forma della legislazione era necessario proporne una novella e sino a quel tempo ignota, il che avvenne con un totale cambiamento dell'antica costituzione verso la fine di questo o nel principio del seguente periodo. Finchè i principi si rappresentarono ed apparvero come semplici e supremi magistrati della republica, conservaronsi in generale le antiche forme dell'attività della magistratura: il che però non esclude che nei particolari stante la condizione incomparabilmente superiore di questi dominatori non avvenissero importanti modificazioni in una tale loro attività.

Può ora dimandarsi, quali occasioni si ebbero i principi nella loro qualità di magistrati di esprimere il loro giudizio sopra i principii giuridici; ossia, quando aveva realtà una tale forza legislativa delle loro decisioni? la risposta a questo quesito ci conduce a trattare delle differenti forme delle loro costituzioni.

§. CIX.

Relativamente alle leggi del senato osserviamo, che il più delle volte erano formate per proposta fattane dal principe, la quale nei casi più importanti aveva la forma d'una orazione al senato. Queste *orationes* erano secondo il loro scopo primitivo un semplice atto preliminare per le deliberazioni legislative del senato. Ma il principio fondamentale della validità legale delle decisioni del principe aveva per necessaria conseguenza, che anche l' orazione, la quale già conteneva la regola di dritto, su cui dovevasi deliberare, coi suoi motivi e gli altri accessori, dovesse essere considerata come legge, e per tali sono citate anche le orazioni dei giureconsulti. Stante la dipendenza del senato l'*oratio* fu sempre nel fatto la cosa principale; ma bentosto non si ebbe alcun ritegno di addimostrarlo anche esternamente; e così troviamo che per le deliberazioni posteriori del senato per indicare il principio che contenevasi in esse, è citata dai giuristi la sola e semplice *oratio*. A questo uso si connette la posteriore costituzione (del quarto secolo), secondo la quale l'imperadore esercitò l'esclusivo potere legislativo, essendosi convertita la *oratio* in una legge semplicemente annunziata al senato.

La seconda forma degli ordini del principio consisteva negli *edicta*, che questi rilasciava in forza del *ius edicendi*, che aveva comune con qualunque altro magistrato, sebbene con poteri più estesi. Sono importanti per noi quei soli editti, i quali contengono un principio di dritto, e che occorrono già sotto Augusto, e suoi successori (1). Porgeva occasione a questi editti la giurisdizione, che aveva il principe come supremo magistrato. Si è preteso fondare una tale sua giuridizione, e la capacità di fare questi editti sul suo potere tribunicio: ma la sua giuridizione non fondavasi in generale su questa *potestas tribunicia*. Giacchè fin dai più antichi tempi eranvi nei poteri dei supremi magistrati, ossia dei consoli, anche la giurisdizione; che questi non l' esercitassero, che fosse stata rimessa ai pretori, subordinatamente ai quali l'applicazione del dritto pati novelle eccezioni, era questo un ordinamento amministrativo, che non vincolava il principe. Quando si racconta di Augusto, ch'egli *ius assidue dixit* (2), ciò è detto a lode della sua attività. Il contrario però deesi dire del grado di appello, che formava il principe: di ciò faremo parola appresso (3). Crediamo piuttosto necessario spiegare, perchè gli ordini per editti sono tanto rari in que-

(1) Per esempio, *L. 2. pr. D. ad S. C. Vellei.* (14. 1.) Savigny , *sistema del dritto romano moderno I.* §. 23. nota *d.* ci da una collezione degli editti dei principi, che trovansi nelle fonti del dritto.

(2) Svetonio, *Ottav.* 33. Anche Claudio sentenziò sovente in dritto nel foro o dal tribunale : Dione Cassio LV. 4.

(3) Svetonio, *Domit.* 8: *ius diligenter et industrie dixit, plerumque et in foro pro tribunali extra ordinem*. Colle ultime parole Svetonio vuole accennare a quel sentenziare ordinario in primo grado, chè al tempo di Domiziano era già divenuta una eccezione dalla regola , giacchè i principi posteriori usarono limitarsi alla giurisdizione di ultimo grado. Adriano sembra di avere più sovente esercitata quella giurisdizione ordinaria. Dione Cassio LXIX. 7.

sto periodo: e pure non è cosa da farsene le meraviglie, giacchè le occasioni sì frequenti, quali presentavansi al pretore, non si offrivano al principe, ed ancora più perchè questi quando voleva dare una legge invece della modesta forma repubblicana, che nella opinione pubblica non era tanto importante quando la legge (sebbene quella avesse per mezzo di lui la medesima forza) attenevasi alla forma d'una legge o d'un senatoconsulto.

La terza forma sono i *mandata*, coi quali il principe commetteva la sua giurisdizione ad altre autorità, *praefecti urbi* o *praetorio*, e particolarmente ai suoi legati, ch'egli mandava nelle provincie. Questi mandati solevano pure contenere delle istruzioni sull'esercizio della giurisdizione, e perciò delle regole di dritto, alle quali il delegato doveva conformarsi. Il contenuto di simiglianti mandati trasmettevasi dall'uno all'altro, e sebbene in molti casi vi si contenevano differenti regole per le diverse provincie, in molte cose erano però conformi fra loro (1). L'elemento del dritto civile dei mandati sembra di avere formato la parte minore relativamente a quella che riferivasi all'ufficio dei presidi, alla loro amministrazione e giurisdizione criminale (2): per queste ultime più frequenti porgevasene la occasione. Per un tal fatto non dovrà fare meraviglia, se Caio nelle sue istituzioni non novera i *mandata* fra le diverse specie delle costituzioni (3); se vi fosse stato il medesimo difetto in Ulpiano, non può affermarsi di certa scienza stante la possibilità, d'una interpolazione nei frammenti delle pandette, che vi si riferiscono (4).

Molto più spesso di tutte le precedenti forme delle costituzioni vedonsi mentovate in questo periodo due, che perciò sono molte superiori alle altre per importanza: queste sono i decreti, ed i rescritti. Parleremo prima delle occasioni e poi della loro importanza. Sotto un tale rispetto fa mestieri indicare la condizione speciale, che prese il principe nell'amministrazione del dritto, diversa al tutto da quella giurisdizione tradizionale, della quale facemmo parola precedentemente.

§. CX.

Una quistione di dritto poteva essere portata davanti al principe in varii modi. Il più ordinario era quello, in cui esercitava la giurisdizione comune ad ogni magistrato, conducendosi nel foro per sedere in tribunale: qui teneva le veci del pretore alcune volte secondo l'*ordo iudiciorum privatorum* dando un *iudicium* per l'investigazione e la decisione, altre volte *extra ordinem*, prendendo a se la *causae cognitio* e giudicando con un decreto. Per ora facciamo astrazione di questo modo di amministrazione del dritto, ma dovremo prendere in considerazioni i decreti del principe anche in quest'ultimo caso. Nella *potestas tribunicia* del principe eravi non solamente la facoltà di opporsi agli ordini degli altri magistrati (questa era comune ai tribuni), ma quella parimente di sospendere la sentenza d'un giudice, sicchè da questa potevasi appellare al principe, che prendendola in esame la definiva con un decreto. Come in tal modo erasi formata una novella participazione del principe all'amministrazione del dritto, così gl'imperadori ammisero anche delle quistioni, che con una petizione erano presentate loro direttamente in prima istanza (ossia non nell'antica forma *in foro*, la quale importava, ch'essi si conducessero in tribunale, e vi tenessero giudizio come i pretori). In queste occasioni il principe o egli stesso prendeva in esame e decideva con un decreto, o pure, ed era questo il caso più ordinario,

(1) *L. 1. pr. D. de test. mil.* (29. 1): — *et exinde* (da Traiano) *mandatis inseri coepit caput tale: cum in notitiam meam prolatum sit. etc. L. 19. pr. D. de off. praesidis* (1. 18.) *L. 2. §. 1. D. de his quae ut ind.* (34. 9.).

(2) Veggasene la collezione in Brisson: *de formulis*. III. 84.

(3) Egli ne indica soltanto tre specie: *constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistola constituit* (1. 5.)

(4) Ulpiano, *Lib. I. inst. in L. I. §. 1. D. de const. princ.* (1. 4.): *quodcumque igitur imperator per epistolam et subscriptionem statuit, vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est, vel edicto praecepit, legem esse constat: hae sunt, quas vulgo constitutiones appellamus.* Quand'anche vi avesse nominate le *orationes et mandata*, era naturale, che i compilatori li escludessero, essendo queste forme già da lungo tempo antiquate ai giorni di Giustiniano, finchè egli stesso nella *Nov.* 17 dette un generale mandato. Böcking spiega un tal difetto di menzione dei mandati nel frammento di Ulpiano con ciò, che s'intendono compresi nella parola *epistola*, essendo ridotti nella medesima forma. Non prenderemo a considerare se fosse stato tanto naturale per i Romani usare la parola *epistola* per *mandatum*: ma in ogni caso la connessione della parola *epistola* colla *subscriptio* sembra poco favorevole ad una tale opinione. Heimbach nel repertorio di Lipsia 1845. p. 6. si dichiara in generale contro l'ammissione dei *mandata* nelle costituzioni.

con uno scritto di risposta (rescritto) dava una decisione dipendente dalla condizione, se fossero veri e compiuti i fatti espostigli dalla parte supplicante, rimettendone l'esame ed il giudizio conforme al rescritto a persona delegata particolarmente da lui per questo caso speciale, o al tribunale ordinario. A questa procedura, nella quale il principe dava il suo giudizio sul principio di dritto da applicarsi ossia una specie di parere e dal quale il giudice veniva vincolato relativamente al dritto applicabile, si aggiunse una seconda origine dei rescritti. Gli stessi magistrati e particolarmente i presidi volgevansi molto frequentemente nei casi dubbii al principe esponendogli un caso di dritto da dover essere deciso, e chiedendo una istruzione sul dritto da applicarsi, e che sembrava loro dubbio. Una tale istruzione avveniva egualmente per rescritto (1).

Erano queste le forme delle costituzioni, che furono dette *decreta* e *rescripta principum*. I primi avevano il loro fondamento nella semplice giurisdizione, ch' esercitavano i principi; nei secondi alla loro qualità di magistrati annettevasi quella di *iuris conditores*, ed in cui il principe appariva, come il primo *iurisconsultus:* giacchè i rescritti, quante volte sono semplici istruzioni, si assimigliano ai *responsa prudentium*, e non di rado è usata per essi la medesima epressione (2): avevano pure una doppia forma, quella di risposte isolate, *epistolae*, e l'altra di risposte apposte ad una petizione, *subscriptiones;* le prime furono date costantemente alle autorità richiedenti, le seconde ordinariamente alle persone private (3).

Ma quale è la ragione che questi decreti e rescritti sieno noverati fra le fonti del dritto, fra gli elementi: *ex quibus iura constant* con le *leges*, *senatusconsulta*, *edicta*, e che sia loro riconosciuto *legis vigor*? Il loro scopo immediato era di decidere un caso speciale di dritto, o d'indicare il principio giuridico per una tale decisione: è questo solo effetto, che forma la loro forza legislativa, o n' era pure causa l' uso che potevasi fare della regola di dritto che vi si conteneva in altri casi di simile natura?

Savigny ha distesamente sostenuta l'opinione, che i rescritti ed i decreti avevano forza legislativa per il solo caso, al quale si riferivano, e che per gli altri casi di simile natura non avessero un'autorità differente da quella che riconoscevasi agli altri giudizii ed opinioni dei dotti, senzachè fossero obbligatorii come leggi, che le parole *legis vicem oblinent* significassero per i decreti, ch' essi fissavano invariabilmente il rapporto litigioso, per i rescritti, che la decisione dovesse essere rispettata da tutte le autorità per questo caso speciale (4). Savigny non tratta particolarmente dei rescritti e decreti di questo periodo, e le sue ragioni sono tratte in gran parte dalle condizioni del seguente; noi tratteremo di queste nella storia del quarto periodo. Al presente dobbiamo trattare la quistione soltanto secondo il dritto del tempo dei giureconsulti classici.

L'esposta opinione apparirà molto inprobabile, quando si faccia attenzione inparzialmente ai frammenti dei giureconsulti romani, i quali trattano della forza legislativa dei decreti e dei rescritti. Caio li novera fra le fonti del dritto: com' egli osserva dei plebisciti: *legibus exaequata sunt*, del senatoconsulto, *legis vicem obtinet*, ripete immediatamente la medesima osservazione per le costituzioni, *decreta*, *edicta*, *epistolae*: è appena concepibile, ch'egli avesse usata nel medesimo tempo una espressione in un diverso senso senza accennare almeno indirettamente ad una tale diversità, e quello che è ancora più osservabile si è, ch' egli novera senza alcuna differenza le singole specie delle costituzioni (ed anche nel riportato ordine). È mai possibile, che avrebbe in tal modo parlato indistintamente, quando dovessero intendersi le sue parole per la prima e per la terza ben altrimenti che per la seconda? Anche Ulpiano nelle istituzioni cominciando colle parole: *quod principi placuit*, *leges habet vigorem* (manifestamente nella medesima connessione colle altre fonti del dritto, come Caio), indica le singole specie, delle quali ciascuna *leges esse constat*, ed aggiunge, (il che è decisivo): *plane ex his quaedam sunt personales*, *nec ad exemplum trahuntur*. Secondo l'opinione di Savigny dovrebbesi ciò inten-

(1) Il decimo libro di Plinio contiene un gran numero di queste richieste.

(2) Brisson, *De V. S. v. rescribere*.

(3) Lo scopo di questa seconda forma era d' istruire appieno il magistrato, davanti al quale la parte faceva uso del rescritto, (non potendo questo essergli presentato senza la petizione) dei fatti esposti al principe, che servivano di fondamento alla sua risposta, e la cui verità era condizione dell' applicazione di questa.

(4) Savigny, *Sistema* ecc. I. §. 23. 24 Simiglianti opinioni, sebbene però vagamente, erano state sostenute già prima, per esempio, da Glück *Comm.* 1. §. 96: da *Guyet*, *sui rescritti*.

dere dei decreti e dei rescritti; ma ciò non è; fortunatamente lo stesso Ulpiano esprime quello che vuol significare: *nam quod princeps alicui ob merita indulsit, vel si quam poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur* (1). È chiaro, ch'egli per la maggior parte dei decreti e dei rescritti afferma appunto il contrario, *ad exemplum trahi, personam egredi*. Per i decreti ciò è confermato da una legge di Giustiniano, in cui (in opposizione delle prescrizioni legislative dei precedenti imperadori, delle quali faremo parola nel seguente periodo) riconosce ad essi una forza legislativa non solamente nel singolo caso, ma in tutti gli altri simiglianti, colla osservazione, che la medesima cosa trovasi affermata anche dagli antichi giureconsulti nel modo il più indubitato (2). Giustiniano non sempre può valere come un'autorità storica, ma in questa occasione nessun'altro testimonio storico ci dà motivo di dubitare della verità delle sue parole (3). E che altro può significare la forza legislativa ed ancora più particolarmente la forza d'una determinazione del popolo applicata ai decreti? Lo stesso Savigny non ha conosciuto, che l'espressione sarebbe stata scelta con non molta proprietà, quando non dovesse indicare altro che una decisione giudiziaria. Egli cerca spiegarla colla straordinarietà della giurisdizione del principe, alla quale non potevasi immediatamente applicare l'alto concetto della *res iudicata*: ma potevasi ciò fare; e pure non lo fu, ed invece si ricorse ad una espressione impropria. Forse la seguente spiegazione sarebbe più naturale. Secondo l'antico dritto i decreti dei magistrati non erano obbligatorii, che per quello stesso che ne era l'autore: diversamente doveva avvenire per i decreti del principe, e questa diversità fu indicata coll'espressione, « forza legislativa ». Nel medesimo senso è detto della sentenza del giudice, ch'essa *ius facit* (4). Ma anche una tale spiegazione ci riporta dalla opinione di Savigny alla nostra. Giacchè quante volte è usata una tale espressione per una sentenza, accennasi alla forza di essa al di là del caso speciale e delle parti fra le quali fu pronunziata, ed è appunto questa sua estensione agli altri casi che è significata con quelle parole (5).

Se ciò è vero per i decreti, molto meno può esser dubbio per i rescritti. Per questi abbiamo anche la notizia storica particolare, che l'imperadore Macrino annullò in massa tutti i rescritti dei suoi predecessori affermando essere uno scandalo, che i capricci di scellerati dominatori, come Commodo e Caracalla, o d'imperadori ignoranti dovessero essere considerati come leggi, dove che tanti savi principi come Traiano non avevano mai dati dei rescritti alle persone private (6). Se i rescritti non avessero avuta altra forza nei casi simili che di una « grande autorità », sarebbe stato ozioso un tale ordinamento contro di essi; avrebbesi potuto egualmente escluderne l'applicazione senza annullarli, *omnia rescripta veterum principum tollere*, ed un principe così intelligente del dritto come Macrino (uno dei più savi imperadori, che dai suoi contemporanei e dalla posterità fu per spirito di parte sconosciuto e calunniato) non avrebbe potuto ignorarlo.

Dal già detto deduciamo il seguente risultato. Può considerarsi come indubitato, che i decreti ed i rescritti avessero per il caso speciale, al quale immediatamente riferivansi, una forza maggiore degli ordini di qualunque altro magistrato secondo l'antica costituzione, e delle decisioni d'ogni persona privata, per esempio d'un giureconsulto, che dava i *responsa*. Sotto un tale rispetto non è questo il luogo di trattarne. È certo egualmente, che potevasi applicare ai casi simili il principio di dritto che vi si conteneva, e sotto questo solo riguardo è qui parola di essi. Di quale forza era questa autorità: è dubbio: ma se faremo attenzione al già detto, sarà necessario conchiudere, che la loro autorità era pareg-

(1) *L.* 1. §. 2. *D. de const. princ.* (1. 4.).

(2) *L.* 12. *C. de legib.* (1. 14.): *sciant hanc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed et omnibus similibus — cum et veteris iuris conditores constitutiones, quae ex imperiali decreto processerunt, legis vim obtinere aperte dilucideque definiant.*

(3) È possibile che queste parole non avessero altro fondamento che quelle espressioni dei giureconsulti romani, che anche noi possediamo: in tal caso non si potrebbero considerare come una pruova novella.

(4) Sulla espressione *ius facere* vegg. *L.* 9. *D. de legib*: (1. 3.): *non ambigitur senatum ius facere posse*, che vuol dire: *S. C. legis vicem obtinet*.

(5) *L.* 2. *pr. de lib. agnosc.* 25. 3. (Giudizio sullo *status* di famiglia: *placit enim eius rei iudicem ius facere*): *L.* 17. 9. 1. *D. de inoff. test.* Giudizio sulla querela d'inofficiosità, ossia sulla *testamentafactio*, ed applicazione di esso ai legati): *L.* 50. §. 1. *D. de leg.* 1. (Giudizio contro gli eredi ed applicazione di esso ai legati: *L.* 14. *D. de appell.* 49. 1.

(6) Capitolino *Macrin.* 13.

giata a quella delle leggi: e ciò addiverrà una certezza, quando vi avremo aggiunto quanto segue.

La decisione del principe valeva per i casi simili, purchè tale fosse stata la sua volontà, e fosse certo ch'egli avesse inteso esprimere un principio applicabile posteriormente. Sarebbe invero inconcepibile secondo il potere che davagli la *lex de imperio*, che questa autorità fosse stata meno che massima, valendo la volontà del principe come legge (1), ed una eccezione per i decreti ed i rescritti da questa regola sarebbe possibile solo quando la costituzione avesse ordinata una forma speciale per l'esercizio del potere legislativo delegatogli, e ne fosse stata esclusa la forma dei decreti e dei rescritti: ma è certo, che ciò non avvenne.

Dall'altra parte però, indipendentemente dalla verità teoretica che questi ordini avevano una autorità legislativa pari a quella d'una determinazione popolare, la loro forza era praticamente moderata dalla forma, nella quale qui manifestava il principe la sua volontà, ed in ciò si ripone una importante differenza di fatto fra quelle e le altre leggi. L'interpetrazione delle leggi si fonda sopra tre quistioni: ha voluto il legislatore esprimere un principio di dritto? quale esterno giro di applicazione intese delineare per esso? qual è questo principio giuridico? Per le leggi, i senatoconsulti, le *orationes* e gli editti la risposta alla prima quistione non era mai dubbia, alla seconda raramente, solamente per la terza potevasi rendere necessaria l'attività dell'interpetre. Ben altrimenti avveniva per i decreti ed ancora più per i rescritti. Per questi non solamente la terza quistione (che doveva particolarmente formolarsi nel seguente modo: il caso al quale intendesi applicare il principio del dritto è realmente simile?) ed anche la seconda era più frequentemente dubbia, ma quistionavasi pure sovente sul primo punto, se fosse stato proposito del principe esprimere un principio di dritto, ossia una regola anche per i casi simili, (donde dipendeva la sua forza legislativa), stantechè la forma dell'ordinamento ammetteva l'una e l'altra interpetrazione.

Con ciò la forza che in generale riconoscevasi a quegli ordinamenti era dipendente nei casi particolari dalla interpetrazione ed in certo modo dal criterio dei giureconsulti. In tal modo spiegherebbesi un fatto che a prima vista non sembrerebbe accordarsi con quel *legis vigor*, ossia una certa libertà di giudizio, che i giuristi affermavano contro i rescritti (2). Non bastava per decidere l'esistenza d'un principio giuridico il potere citare un decreto, un rescritto, nel quale sembrava essere stato applicato: importava conoscere:

1) Se lo stesso principe avesse dedotta la decisione da lui data da una regola generalmente applicabile. Occorreva sovente, che egli decideva per rescritto o per decreto un caso speciale, e l'applicazione ulteriore di quelli sarebbe stata in opposizione colla sua volontà: erano queste le *personales constitutiones*.

Non era sempre indubitato e riconoscibile esternamente, se una sua decisione si apparteneva a questa classe; bisognava sovente dedurlo da ragioni intime, e dalla qualità istessa della decisione. Perciò i giureconsulti nel citare una tale costituzione aggiungono sovente altre ragioni a sostegno del principio in quistione, non per compiere l'imperfetta validità dei decreti e dei rescritti, ma per porre fuori dubbio la loro forza legislativa, come pure per contrario non mancano d'indicare, che un tale rescritto quando lo era realmente sia una *constitutio personalis*, e non possa essere quindi una legge (3). Da ciò comprendesi, che i rescritti ed i decreti dovevano soggiagere ad un esperimento speciale, che presentava meno che altrove difficoltà per quelli dei principi defunti, dei quali i giureconsulti per il semplice mezzo della interpetrazione potevano escludere l'abuso dell'applicazione ulteriore. La quistione era semplice e la seguente: se l'imperadore aveva inteso proporre

(1) *Lex de imperio Vespasiani.*

(2) Cajo (II. 221.) dice di una opinione: *quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse.* Ciò potrebbe certo significare, che Caio non conosceva egli stesso la costituzione: ma è più probabile, che queste parole esprimessero la dipendenza della sua forza dalla interpetrazione. Vi si riferiscono pure i frammenti (Guyet, *Tratt.* p. 53.), nei quali i giureconsulti riportando un rescritto credono necessario aggiungere: *et hoc iure utimur.* Così pure Paolo (L. 38. *pr. D. de minor.* 4.) distingue nella considerazione d'un decreto quello che dovevasi considerare come il vero principio di dritto dai motivi individuali, che avevano indotto il principe in questo caso speciale.

(3) Vi si riferisce la L. 8. §. 1. *D. de poen.* (48. 19.). i rescritti che Ulpiano cita, sono indicati da lui come *constitutiones personales*.

una regola (1), e perchè dovevasi dedurre la risposta dalla natura istessa della decisione, poteva avvenire, che delle costituzioni fossero noverate fra le personali, sebbene egli stesso non avesse pensato ad una tale limitazione. I rescritti, per i quali non era dubbio, che esprimessero un principio generalmente applicabile, potevano esser detti *generalia rescripta* (in opposizione dei *personalia*) e nel fatto vedesi alcune volte una tale espressione usata in modo, che per tale deesi intendere; e questo avveniva particolarmente quando il rescritto manifestava esternamente una tale qualità, ossia quando il principio giuridico era in opposizione colla applicazione da farsene (2). Quando era definita la quistione dell' applicazione più generale d' una costituzione, eravi a dimandare :

2) Quale ne dovesse essere l' estensione, quali momenti del caso deciso nel decreto e nel rescritto dovevano trovarsi ripetuti nei casi successivi per renderli capaci dell' applicazione del medesimo principio, e se quindi la circonferenza di questi fosse più vasta o più circoscritta? Ad indicare questa qualità del rescritto, che la sua applicazione ulteriore dovesse essere più generale di quella particolare e limitata ai casi di simile natura, usavasi la parola *generale :* anche questa qualità poteva dedursi dalla formolazione esterna del rescritto. Un esempio importante ci vien porto da un frammento, nel quale Papiniano in tal modo interpetra, ed apparecchia per la futura applicazione un rescritto di Severo ed Antonino, che senza dubbio da poco tempo era stato fatto. Il testatore aveva legato ad un comune una somma per la costruzione d' un condotto di acqua, e quella era stata pagata dagli eredi senza ritenzione e sottrazione della quarta falcidia, che anzi avevano ottenuto cauzione dal comune legatario che la somma non fosse usata per tutt' altro scopo, e l' uso fu appunto quello ordinato dal testatore: posteriormente però gli eredi si fecero a reclamare quello, che avrebbero potuto sottrarre per la legge falcidia. Ma il rescritto rigettò il loro reclamo sì perchè era ingiusto reclamare quello che era stato usato secondo la volontà del testatore, e che le spese d'un'opera che tornava ad onore del testatore, dovessero essere in parte a carico del comune, come ancora perchè i reclamanti giustificavansi con un errore di dritto, che esclude ogni reclamo di restituzione.

Quest' ultima ragione fu pure espressa nella forma d' una regola generale nel principio del rescritto. Papiniano osserva : che sebbene il rescritto fosse relativo ad un comune, pure il medesimo principio sia applicabile a qualunque altra persona e non solamente quando trattasi di una cosa di utile comune come un condotto di acqua, *nam initium constitutionis generale est*: che infine il principio che un errore di dritto non giustifichi il reclamo di restituzione dell' indebito, sia pure generale, e che sarebbe stato egualmente applicabile, anche quando l' uso della somma non fosse già seguito, o che il legato non fosse stato dato per servire ad un certo scopo.

§. CXI.

Osservammo precedentemente che di tutte le specie delle costituzioni i decreti ed i rescritti occorrono più frequentemente. Il numero di quelli rilasciati per occasione era immenso : la cifra dei processi e delle quistioni presentate al principe in un solo anno era senza dubbio molto considerevole. Questo è vero particolarmente dal tempo di Adriano e dei suoi successori fino alla fine di questo periodo. Naturalmente il contenuto di molti di essi (fatta astrazione dei personali) non aveva una importanza generale, ma era anche considerevole il numero di quelli, la cui conoscenza riusciva necessaria, in quanto che confermavano un principio dubbio, o un novello ne introducevano, come si appalesa dalle citazioni di essi negli scritti dei giureconsulti, e dalle collezioni, che se ne fecero da questi ed anche nei tempi posteriori. Ma un tal fatto sembra essere stato appunto un ostacolo alla loro applicazione pratica, sebbene questa teoreticamente sussistesse, giacchè come mai era possibile acquistare la cono-

(1) Macrino querelavasi, che i giureconsulti generalmente non adempivano questo loro ufficio, e non distinguevano i rescritti, che *ad gratiam composita viderentur*; perciò avvisossi di annullare in generale la loro forza legislativa.

(2) L. 89. §. 1. D. ad L. Falc. (35. 2.): *divi Severus et Antoninus generaliter rescripserunt Bononio Maximo, usuras praestatuum cum qui frustrationis causa beneficium legis falcidiae imploravit.* L. 1. §. 3. D. de leg. tut. (26. 2.) L. 9. §. 2. D. de hered. inst. (28. 5.) L. 1. §. 2. D. de fugit. (11. 4.): *est etiam generalis epistola divorum Marci et Commodi, qua declaratur, et praesides et magistratus et milites stationarios dominum adiuvare debere in inquirendis fugitivis.*

scenza di simili decisioni, che annualmente ed in tanto numero erano rilasciate ai singoli magistrati, o alle persone private? È da ammirare, che una tale difficoltà, che è tanto evidente per noi, sembra non essere stata avvertita a quel tempo. Per darne una spiegazione soddisfacente possiamo osservare, che essendo i giureconsulti gli organi della loro ulteriore applicazione, i giudici trovavano nei loro scritti come i risultati delle altre fonti del dritto così anche questi. Ma per farli noti ai giureconsulti, e specialmente a quelli adorni d'una alta autorità, dovevasi usare sicuramente una forma officiale, giacchè importava agli stessi imperadori che i giureconsulti avessero conoscenza di quelle costituzioni, le quali erano state destinate per un'applicazione generale (1). In molti casi una comunicazione espressa era al tutto oziosa, giacchè i più ragguardevoli giureconsulti prendevano parte alla formazione di simiglianti costituzioni.

Com'era antico costume, che i magistrati particolarmente nei loro uffici giudiziari si circondavano di consiglieri intelligenti, così anche i principi avevano un consiglio, col cui avviso regolavansi nelle cose della giustizia (2). Augusto nominava per sei mesi posteriormente per un anno un *consilium* scelto fra i magistrati romani ed il senato (3). Tiberio conservò sulle prime una tale istituzione (4): dopo una interruzione dagli ultimi dieci anni del reggimento di Tiberio Claudio la rimise (5), e tale rimase sotto gl'imperadori seguenti. Che da questi consiglieri si debbano distinguere i *comites et amici principes*, non è dubbio, sebbene sia naturale, che la medesima persona potesse congiungere in se l'una e l'altra qualità (6). Sembra che ciò fosse avvenuto ordinariamente nei tempi posteriori per gli *amici* della prima classe. Che al tempo di Adriano, come comunemente opinasi, siavi stato un cambiamento essenziale nel *consilium*, non risulta dai frammenti, che sono citati a questo proposito (7): l'ammissione dei prefetti e quella dei più ragguardevoli giureconsulti, che è pruovata per il tempo di Adriano e dei suoi successori, può essere considerata appena come un vero cambiamento, molto meno come una totale innovazione. Nè anche gli uffici del *consilium* mutaronsi; senonchè divenne sempre più ordinario di giovarsene come d'un consiglio di stato per tutti i bisogni del governo; almeno ciò fu fatto dai principi volenterosi di conservare l'ordine giuridico (8). Le decisioni del principe in ultima istanza erano ordinariamente formate davanti a questo consiglio, i cui membri avevano naturalmente soltanto voce deliberativa: ciò avveniva nel palazzo del principe, la sala che vi era destinata era detta *auditorium principis* (9). Anche i rescritti da rilasciarsi erano sovente consigliati dal *consilium* o almeno da una parte dei suoi membri.

Le più importanti di queste costituzioni non solamente furono occasionalmente citate negli scritti dei giureconsulti, ma furonvi anche delle opere, ch'ebbero a loro obbietto speciale queste fonti, e contenevano delle collezioni di esse, sebbene non fossero queste semplici collezioni, ma vi fosse predominante il lavoro scientifico. Tali erano

(1) Come in molti altri punti, così trovasene anche sotto un tale rispetto una ripetizione almeno conforme in un tempo molto posteriore e sotto altre condizioni. Gl'imperadori Federico I e II inviavano le leggi, alle quali volevano assicurare un'applicazione generale ai giureconsulti della università di Bologna, perchè l'innestassero nelle loro lezioni e nei lavori di glosse al dritto romano.

(2) Diffusamente ha trattato di questo argomento Haubold, *De consistorio principum romanorum Spec.* I. 1788, *Spec.* II. 1789. (*Opusc.* I. p. 187 e seg.). Il nome *consistorium* per questo *consilium* non appartiene al presente periodo.

(3) Dione Cassio, LIII. 21. LVI. 28 Svetonio, *Ott.* 35.

(4) Dione Cassio LVII. 7. Svetonio, *Tiber*, 55.

(5) Dione Cassio, LX. 4.

(6) In quei *comites* si ha il primo germe della corte dei principi. fin dal tempo di Augusto erano distinti in tre classi, delle quali la prima, gli *amici* (o *cohors*) era della *primae admissionis*: la parola *amici* riferivasi particolarmente alle due prime classi, noi potremmo figurarceli approssimativamente come camerieri. La terza classe era composta da persone meno ragguardevoli, che davano pruova della loro divozione al principe coi servizii ed anche colla loro presenza nelle anticamere, o sulle soglie. Svetonio, *Tib.* 56. *Vespas.* 13. 13. 21. *Tit.* 7. Seneca, *De clem.* I. 10.

(7) Spar. *Hadrian.* 816. 22. Capitolino, *Pio.* 12. Marco, II 22.

(8) Sotto questo rispetto segnalossi particolarmente Alesandro, il quale (o sua madre) ordinò doversi seguire un determinato ordine per la trattazione degli affari, e la coperazione del consiglio. Lambrid. *Ales.* 15. 16.

(9) Questa denominazione occorre per la prima volta sotto Marco Aurelio. Posteriormente è usata spesso non solamente per il tribunale del principe, ma anche per quello degli altri magistrati.

quelle di Papirio Giusto, *Constitutionum libri* XX, *Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum*, e *decretorum libri* di Paolo.

Le costituzioni dei principi ed in ispecie dei posteriori a cominciare da Adriano ci pervennero in gran numero si per mezzo degli scritti giuridici, nei quali non solamente sono riportati nel loro contenuto generale, ma interi, o almeno in estratto (come avviene particolarmente e sovente nei digesti) come pure per mezzo delle collezioni del periodo seguente, quando si estendono agl' imperadori di questo periodo (1), e negli altri scritti del tempo posteriore (*collatio*, *consultatio*), che in massima parte hanno attinto da quelle collezioni. Per contrario merita appena di essere mentovato il frammento nell' opera di Dositeo, che sta sotto il titolo, *D. Hadriani sententiae et epistolae*, e che si è in uso di citare in questa occasione. Le *epistolae* non sono altra cosa, che una lettera di Adriano a sua madre, le *sententiae* sono alcune risposte da lui date oralmente ai supplicanti e richiedenti, che in gran parte non hanno un obbietto giuridico (2). Oltreacciò anche alcune singole costituzioni ci pervennero in copia, sulle tavole di bronzo, di pietra, e negli scritti non giuridici (3), senzachè si potesse indicare per una parte di esse il modo, onde ci vennero trasmesse (4).

Anche relativamente alle costituzioni, quello che noi ne possediamo nei codici giustinianei (codice e digesti) è il più importante di tutt' altro trasmessoci per altre vie per estensione e contenuto. La medesima cosa certo non può dirsi per la integrità della tradizione, ed in ispecie per il codice giustinianeo che contiene un gran numero di costituzioni di questo tempo a cominciare da Adriano: queste non solamente sono molto spesso abbreviate, donde la spiegazione di esse non di rado diviene più difficile, ma furono fatte altresì delle interpolazioni, non altrimenti che negli estratti degli scritti dei giureconsulti.

§ CXII.

Se noi in conchiusione paragoniamo gli effetti di questa legislazione, ch' emanava immediatamente dagl' imperadori con quelli delle leggi del senato e del popolo sul dritto, ci si appalesa la seguente differenza, che si spiega bastantemente colla diversità delle forme di entrambe. La forza legislativa delle costituzioni è da una parte molto più comprensiva di quella delle altre leggi, il cui numero per se stesso è grande, ma che è molto piccolo in confronto di quello delle costituzioni. Certo molti dei decreti e dei rescritti (per parlare soltanto di questa classe molto più preponderante delle costituzioni) non produssero effetti permanenti sul dritto, e furono quelli, che applicavano dei principii, che non erano soggetti ad alcun dubbio, sicchè per nulla contribuirono ad una maggiore stabilità di essi principii. Ma fatta astrazione da queste (o s' intende pure dalle costituzioni personali) rimaneva sempre un numero considerevole di altre, che senza dipartirsi dalla loro destinazione naturale di applicare il dritto col determinare i principii giuridici dubbii ed incerti o per se stessi o nella loro applicazione contribuirono in tal modo al loro svolgimento e certezza. Infine non fuvvi pure difetto di congiunture, nelle quali gl'imperadori usarono l' occasione del caso speciale, ch' era loro rappresentato, per introdurre un novello principio di dritto. Certo non era questo lo scopo primitivo dei decreti e dei rescritti: come giudice, il principe al pari di qualunque altro doveva giudicare secondo il dritto vigente, e nulla innovare, e nelle istruzioni aspettavasi da lui uno schiarimento sul dritto esistente per applicarlo al caso presente e non un principio per i casi a venire. Ma una tale limitazione era molto poco forte, perchè potesse sostenersi contro l' onnipotenza dell' Imperadore. In molti casi nulla ostava, che invece del dritto preesistente si desse nello stesso momento una novella legge da essere applicata nel caso presente: è stato sempre riconosciuto che un legisla-

(1) *Codex gregorianus*, *hermogenianus*, frammenti vaticani, *codex iustinianeus*.

(2) Stantechè non si raccomandano nè per spirito o per perspicacia nè per tutt'altro motivo, è difficile darsi ragione della intenzione che si dovette averne nel farne la collezione, della quale Doroteo dovette giovarsi: se pure Dositeo per accomodare le sentenze alla gioventù della sua scuola « *in usum delphinorum* » non ne avesse attentamente tolto tutto quanto eravi di più spiritoso.

(3) Haubold (*Spangenberg*) *monum. leg.* 41 48-50. 52. 56. 61-63. Il più importante di questi monumenti, sebbene non sotto il rispetto giuridico, è una orazione di Claudio sulla cittadinanza da darsi ai Galli (Tacito, XI. 24), la cui maggior parte è contenuta in copia in due tavole di bronzo in Lione (*l. c.* 41.)

(4) Veggasi Hänel nel principio del 5° libro della sua edizione del codice gregoriano. Veggasi pure su questo punto Heimbach nel Repertorio di Lipsia 1845. p. 1.

tore possa senza biasimo ed in alcune determinate condizioni ordinare la retroattività della legge ai casi precedenti. E sovente pure, quando un tal procedere avesse avuto moralmente delle difficoltà, non facevasi conto della ingiustizia di proporre una novella regola ad un rapporto di dritto, nella cui origine avevasi avuto presente un altro dritto (1). Ma se da una parte gli effetti delle costituzioni erano più frequenti di quelle delle altre forme della legislazione, dall'altra erano meno notabili, giacchè i cambiamenti di dritto, che ne provenivano non erano così grandi come quelli che producevano le leggi ed i senatoconsulti. Intendevasi con le costituzioni a modificare singoli punti, e ciò avveniva colla cooperazione moderatrice dei giureconsulti: ma non eseguivasi coi decreti e rescritti un grande cambiamento nelle istituzioni giuridiche, come avveniva colle altre disposizioni legislative, che avevano la forma delle leggi.

Edicta magistratum.

§. CXIII.

Nella storia del secondo periodo abbiamo investigata e chiarita l'origine e l'espressione della opposizione fra il *ius civile* ed il *ius honorarium*. Una tale differenza fu tanto poco rimossa sotto il potere della scienza, e l'onnipotenza degl'imperadori, che sussiste ancora durante tutto questo intervallo in tutta la sua forza. Sussiste purtuttavia il dritto in queste due metà, la cui diversità non è puramente esterna, e generatasi dai differenti organi, per i quali manifestaronsi, ma era sostanziale, ed appalesavasi attivamente nella tendenza e nei principii, che seguivano. Ma il loro dualismo non è ostile, nè distrugge l'intima armonia del dritto; il loro legame può essere assimigliato al matrimonio, che congiunge e concilia due diverse persone, senza annullare le personalità. L'attività dei giureconsulti contribuì non poco a stabilire questo accordo, in cui i due elementi sono amalgamati, ed ognuno trova il suo posto senza escludere la coesistenza dell'altro. Essa svolse i due dritti ciascuno secondo la sua propria tendenza, ma ciascuno pure come complemento dell'altro. Il pensiero di violare il processo dello svolgimento del dritto, secondo cui la coscienza giuridica nazionale e quella aperta alla forza d'idee più generali seguivano un corso speciale ma non contrario, il pensiero d'un'arbitraria confusione era loro tanto estraneo che a nessuno venne in mente un tale tentativo.

Il fatto di quella differenza era già preesistente, e non originatosi in questo periodo. La sua forma si connette alla posizione speciale dei magistrati republicani, che nel loro potere avevano i mezzi di venire incontro ai bisogni progressivi del tempo con novelli principii, e non il potere di dare a questi la forza d'una legge. Oltreaciò il magistrato statuiva per il solo anno del suo ufficio: il dritto pretorio, ch' ebbe una vita continua, non fu la creazione d'individui come tali, ma d'una serie successiva di pretori, formanti quasi una grande unità. Ciò non sarebbe stato possibile sotto gli imperadori: se si fosse originata sotto di essi quella tendenza nello spirito del popolo, dalla quale emanò il dritto pretorio, avrebbero concentrato nei loro poteri questo svolgimento del dritto, e non rimessolo ai pretori, e quello formantesi per mezzo del loro editti sarebbe stato *ius civile*, come in realtà avvenne per il dritto realmente introdotto colle loro costituzioni.

L'esistenza del già sorto *ius honorarium* non dipendeva dalla durata dell'attività degli organi esterni, per mezzo dei quali erasi formato, che anzi anche il successivo svolgimento di esso non supponeva necessariamente la continuazione dell'antica istituzione, che i magistrati pubblicassero annualmente i loro *edicta perpetua*. Giacchè, poi che quel dritto avevasi formato un organismo speciale, avrebbe potuto svolgersi col medesimo carattere anche per altri organi, sebbene non avesse potuto originarsi con questi (2). Quando dunque trovassimo, che un imperadore avesse annullato in un sol tratto l'annuale *edicere*, ciò non solo non importerebbe alcuna derogazione del dritto pretorio, ma non escluderebbe la possibilità d'uno svolgimento parziale delle materie particolari d'un tal dritto.

Sotto Augusto ed i suoi immediati successori continuò l'antico uso di *edicere*: il pretore urbano ed il peregrino pubblicavano il loro *edictum perpetuum*; ed il medesimo facevasi dagli edili, dai proconsoli e

(1) Si avrà una idea non al tutto falsa della natura d'una gran parte di queste costituzioni, quando si pensi alle nostre dichiarazioni ed interpetrazioni autentiche, che hanno la loro occasione dai singoli casi, e per iscopo d'interpetrare il dritto esistente, ma che sovente hanno pure di fatto il risultato d'introdurre un novello dritto.

(2) Che questa non sia una semplice possibilità, lo pruovano per esempio i casi speciali del dritto pretorio, della *bonorum possessio*, che fu data dalla legge papia.

dai questori nelle province del popolo, dai presidi in quelle del principe. Ad un tale uso aggiungevasi anche la possibilità dei successivi cambiamenti di alcune parti speciali (che dicevansi *partes*, *clausolae*, ed anche *edicta*): ma queste giunte o omissioni non dovettero essere molto importanti, altrimenti più estese notizie ce ne sarebbero pervenute. Ulpiano racconta, che l'editto: *quod metus causa gestum erit, ratum non habebo*, aveva prima la giunta *quod vi metusque causa* (1): inoltre, che C. Cassio aveva particolarmente statuito nell'editto (2), ch'egli avrebbe restituito *in integrum* a causa d'indugio per un giorno straordinario di feste; ed in ciò è dubbio, se questo avvenne nel suo *edictum perpetuum*, o in un editto speciale, il che è più probabile. Ciò per contrario è detto espressamente d'una giunta, che fu fatta ad un editto per mezzo di Giuliano (3). Un argomento per queste successive aggiunte fatte all'editto più decisivo delle riportate pruove, le quali probabilmente si riferiscono tutte ad un medesimo tempo, è contenuto nelle leggi e nei senatoconsulti, dai quali tali aggiunzioni furono in parte decise, in parte probabilmente cagionate, come la legge Falcidia, Giulia e Papia, il S. C. Trebelliano ecc.

Questi cambiamenti cagionati da una simigliante occasione esterna dovettero essere i più importanti. Quando noi ci facciamo a considerare le condizioni di questo periodo, ci è forza convenire, che l'autorità indipendente dei pretori sul dritto, quale i bisogni precedenti l'avevano resa necessaria, e la loro potenza di quel tempo l'aveva permessa, non si accomodava più allo stato presente delle cose. Quando si fu consolidato il dominio degl'imperadori, niuno dovette avere seriamente il pensiero di proporre senza la volontà del principe una legge al popolo o al senato: ed avrebbe pensato il pretore in Roma, e sarebb'egli riuscito a produrre arbitrariamente col suo editto un importante cambiamento nella legislazione? Conservossi la forma dell'annuo *edicere*, come lasciaronsi sussistere per quanto fu possibile le altre forme republicane, e gli stessi principi dettero il loro assenso, ed anche la prima occasione a dei cambiamenti, in quanto questi non passavano il giro già formatosi dell'editto pretorio: ma anche questo doveva avere una volta il suo termine, e senza ulteriori passi dovevane risultare, che infine l'editto perpetuo fosse considerato come qualche cosa stabile, al cui svolgimento niuno più pensava o pensar doveva.

Considerando imparzialmente scorgesi, che i giureconsulti posteriori nei loro commentari parlano dell'editto ed altrove degli editti dei due pretori e degli edili in modo, che sembra al tutto esclusa la possibilità d'un cambiamento ulteriore per mezzo del pretore. Questa impressione ci producono le loro proposizioni nel loro tutto ma non vi ha neppure difetto di pruove speciali. Così quando Modestino dice: *iure honorario obligamur ex his, quae edicto perpetuo vel magistratu fieri praecipiuntur vel fieri prohibentur* (4), potrebbesi intendere l'espressione *vel magistratu* soltanto come una memoria storica del passato: ma nel fatto il giureconsulto vuole distinguere un editto, che per eccezione potrebbesi formare anche nel suo tempo, dall'editto perpetuo, che per lui secondo un tale contrapposto è qualche cosa di stabile. Venuleio ed Ulpiano parlano di espressioni giuridiche che usavansi prima nell'editto, ed al loro tempo non più: e ch'essi consideravano l'editto presente come permanente, manifestasi da un brano, in cui è detto d'un editto sul comodato: *qui edictum concepit, comodati fecit mentionem, cum Pacuvius utendi fecit mentionem* (5): evidentemente parlasi qui di alcuno che aveva formolato l'editto, quale è presentemente, senzachè ne fosse egli l'autore. Ulpiano censura una espressione nell'editto: *ait praetor: cuius de ea re iurisdictio est, melius scripsisset, cuius de ea re notio est* (6): se l'editto fosse ancora pubblicato in quel tempo ogni anno, aprivasi ad Ulpiano una via più conveniente per proporre una correzione. Le parole di Callistrato: *Labeo scribit, sed contra sententiam eius edictum perpetuum scriptum est* (7), hanno la medesima espressione: vi

(1) L. *D. quod metus causa* (4. 2.) Anche Venuleio parla d'un'altra parte dell'editto, in cui *veteres nominatim adiiciebant* un principio, che fu creduto inutile: L. 4. *D. de itin.* (43. 19.). Nondimeno tutte queste osservazioni sembrano relative ai più antichi editti in opposizione della novella composizione fatta sotto Adriano.

(2) L. 26. §. 7. *ex quib. caus. mai.* (4. 6).

(3) L. 3. *D. de coniung. cum emanc.* (37. 8.): — *propter id caput edicti, quod a Iuliano introductum est, id est ex nova clausula.* Una tale giunta è detta pure *novum edictum* anche nella L. 1. §. 13. *D. de ventre in poss. mitt.* (37. 9.).

(4) L. 52. §. 6. D. de D. et A. (44. 7.).

(5) L. 1. §. 1. D. *de commod.* (13. 6).

(6) L. 5. D. *de re iud.* (42. 1).

(7) L. 1. §. 1. D. *de iure fissi* (49. 14).

accenna pure chiaramente il fatto, che a questo tempo l' editto degli edili formava un appendice del pretorio (1). Come osserviamo dai frammenti vaticani, nel tempo che passa fra Caio che rappresenta ancora l'antico dritto ed i giureconsulti posteriori intervenne un molto importante cambiamento relativamente alla condizione giuridica dei procuratori alle liti, giacchè molti procuratori furono più o meno pareggiati ai rappresentanti solennemente nominati (*cognitores*) : ma l' editto pretorio conteneva ancora gli antichi principii, quali erano secondo il dritto primitivo senza fare queste novelle distinzioni (2); sarebbe ciò inconcepibile, se a quel tempo i pretori avessero annualmente e recentemente pubblicato il loro editto. Coloro, i quali si fecero a sostenere la durata d' una tale istituzione, riportaronsi alle seguenti parole di Ulpiano : *si quis id quod iurisdictionis perpetuae causa — in albo vel in charta vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit*, donde si pretenderebbe dedurre (3) l' annua composizione, ed il presente dritto del pretore di farvi delle innovazioni. Ma senza arrèstarci a dimostrare, che una tale deduzione è molto precaria , questo argomento si fonda sull' arbitraria supposizione , che si accenni in quelle parole solamente agli editti perpetui.

Ma noi crediamo necessario dai mentovati giureconsulti dell' ultimo tempo retrocedere fino a Caio, il cui modo di esprimersi sugli editti si accorda con quelli. Questo non ha nulla di strano: sarebbe piuttosto meraviglia , se un uso antiquato e divenuto già un anacronismo fin dal tempo di Augusto si fosse conservato al di là della metà del secondo secolo. Caio dice dell' editto edilizio, ch'esso non era pubblicato nelle province del principe, (perchè non vi erano questori) come in quelle del popolo (4). I questori, egli dice, formano ora l' editto degli edili romani , esercitano la giurisdizione di questi, e debbono altresì perciò giudicare secondo i medesimi principii (5). La medesima espressione è usata per i presidi , e come tale fa d' uopo interpetrarla : essi pubblicano gli editti dei pretori romani: già prima eravi l'uso, che i rettori provinciali prendessero a modello gli editti della capitale: ora era divenuta questa una necessità (6). Questo non escludeva gli editti speciali sopra i bisogni particolari delle province : anche i primitivi editti provinciali contenevano tanto il dritto comune che il particolare. Ma se quegli editti erano ancora tali quali i pretori romani a loro arbitrio li formavano , o che fossero fatti da questi realmente a quel tempo, sarebbe inconcepibile come potessero valere come leggi per i proconsoli, e molto più per i *legati Caesaris* nelle province dell' imperadore. È ben diverso quando si trattasse di editti invariabilmente statuiti, e particolarmente, quando questi avessero ricevuta una forma definita per autorità del principe. Con ciò non era tolto ai magistrati il *ius edicendi*, e potevano ancora esercitarlo *perpetuae iurisdictionis causa* , ma una tale capacità non estendevasi al contenuto degli editti perpetui. Nelle nostre fonti vedonsi anche citati *brevia edicta*, sui quali furono anche scritti dei commentari dai giureconsulti. Sono questi gli editti, che dopo la stabilità dei *perpetua* fu permesso ai magistrati *edicere* (7). In fine anche Gellio, quando egli (X. 15) cita un principio del dritto pretorio colle parole: *verba praetoris ex edicto perpetuo — adscripsi* , dee essere inteso per l' editto divenuto già stabile: egli ne distingue (XI.

(1) Teofilo, *Paraphr.* I. 2. 7. In tal modo si spiega , che Paolo (*sent.* I. 15. 2) attribuisce al pretore un principio di dritto, che altrove occorre come edilizio : è questo il pretore, a cui appartiene l'ultima composizione dell' intero editto.

(2) Framm. Vatic. 317. Savigny mi fa avvertire un simile fatto nel dritto sull' infamia : *sistema* ecc. II. n. 5. 46.

(3) Hugo, *Storia del dritto rom.* p. 803.

(4) Inst. Comm. I. 6: *Ius enim edicendi habent magistratus populi romani , sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum , urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides eorum habent: item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in provinciis populi romani quaestores habent , nam in provincias Caesaris omnino quaestores non mittuntur , et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur.*

(5) Altrove i questori facevano i loro propri editti ; in Sicilia era loro permesso di deviare a loro arbitrio dalla *lex hieronica.* Cicerone, *Verr.* III. 7.

(6) Ciò sembrerà meno strano per quello, che osserveremo appresso relativamente ai magistrati municipali. Anche Teofilo (*paraphr.* I. 2. 7) interpetra in tal modo le parole di Caio.

(7) Haubold, *De edictis monitoriis et brevibus* 1804. (*Opusc.* II. p. 201 — 246) Plinio (*epist.* V. 21) parla d'un *breve edictum*, che un pretore Nepote , *qui lege de muneribus quaerit.* (Sembra questa la lezione vera v. Haubold l. c. p. 212) aveva pubblicato. Fu questo pretore , che non potè emettere un *edictum perpetuum.*

11) gli *edicta veterum praetorum*, che furono conservati nel tempio di Traiano. Questi editti non erano tutti egualmente molto antichi, giacchè egli ne indica uno come il più antico: *tum in quodam edicto antiquiore ita scriptum invenimus* (1).

Il risultato delle precedenti osservazioni si è: quello che ci è già provato dalle ragioni generali, che gli editti perpetui non durarono come pubblicazioni annue dei magistrati colla continua possibilità d'un cambiamento o innovazione è confermato dalle parole dei giureconsulti romani posteriori ad Adriano, e da altri fatti, che suppongono quegli editti come invariabili. Può ora dimandarsi: un tale mutamento avvenne per se stesso e tacitamente, o fu una regola avvisatamente introdotta dal principe? Questa ultima opinione, ed in ispecie che Adriano avesse data all'editto quella forma ulteriore e stabile, è confermata dalle seguenti pruove.

Giustiniano nella pubblicazione dei suoi digesti osserva, che non ostante la grande estensione di essi forse non tutti i casi vi sarebbero decisi: che in questi si dovesse far capo dall' Imperadore, e che in ciò non eravi nulla di nuovo, ma che anche il giureconsulto Giuliano *legum et edicti perpetui subtilissimus conditor* l'aveva detto nei suoi scritti: che Adriano pure *in compositione edicti et senatusconsulto quod eam secutum est*, aggiunge in simigliante modo: *ut si quid in edicto positum non inveniatur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas* (2). Dalla conchiusione (la quale del resto non dovette essere letterale) scorgesi, che qui non trattavasi d'una tradizione incerta ma d'un fatto pruovato autenticamente. Ed invero le espressioni che Giustiniano imperfettamente riferisce, si riportano evidentemente alla futura immutabilità dell'editto, ed alla quistione sulla necessità dei supplementi, che dovevansi richiedere dall' autorità degl' imperadori. Eutropio (nel quarto secolo) dice del principe Giuliano, ch' egli era un nipote di Salvio Giuliano, *qui sub divo Hadriano perpetuum composuit edictum* (3). Leggesi la stessa notizia in un altro scrittore del medesimo tempo, se nonchè questi incorre nell' errore di attribuire il lavoro al principe Giuliano (4).

Hanno forse queste notizie in connessione con tutte quelle, che ci pruovano l'indicato cambiamento negli editti, qualche cosa di dubbio? A noi sembra che vi abbia pochi punti nella storia del dritto fra tutti quelli sottratti alla nostra immediata percezione, che sieno meglio pruovati. Ma qui ci occorre quello che suole avvenire non raramente, che la verità soffre maggiormente per un miscuglio di errori e di verità anzichè per un errore totale. I più antichi storici del dritto attribuirono a quella riforma dell' editto una importanza grandissima, affermando, che con essa fosse cominciata un'era novella del dritto, che i giureconsulti si sarebbero quietati nelle loro controversie, e che in generale, giudicando colle opinioni moderne, fu un novello codice quello pubblicato da Adriano sotto il nome di *edictum perpetuum*. Tali e simiglianti bizzarre ed irragionevoli fantasie non abbisognano più di essere combattute, ma produssero dall' altra parte un novello sforzo e tendenza dello spirito critico, in cui i più recenti dotti passando all' altro estremo della verità, affermarono che la composizione dell' editto non avesse prodotto alcun cambiamento, il quale in qualunque siasi modo toccasse l' essenza stessa di queste fonti del dritto e limitasse l'attività dei pretori a venire (5).

§. CXIV.

Io accenno in questo momento ad una quistione, che si riferisce all' applicazione dell' editto, e si connette alla novella composizione fattane da Adriano. Era un anti-

(1) Così pure l'espressione di Venuleio (L. 4. D. *de itin.*) *veteres nominatim adiiciebant* (nell' editto) dee essere riportata ai pretori anteriori all' ultima formazione dell'editto e non a quelli precedenti ad Augusto, come Zimmern opina (*storia del dritto priv. romano* §. 40. not. 10).

(2) L. 2. (*constit tanta*) §. 18. C. *de vet iure enucl.* (1. 17). In questa costituzione è detto, che Adriano aveva già manifestato un tale pensiero in senato, quando egli colla cooperazione di Giuliano comprese in un breve libro tutto quello ch'era stato annualmente pubblicato negli editti dei pretori. Anche in un' altra legge Giustiniano cita Giuliano colla giunta: *praetoriani edicti ordinatorem*.

(3) Eutropio. VIII. 9. *Componere edictum* può essere usato anche per un lavoro puramente scientifico, e così l' adopera Pomponio per Ofilio: ma Eutropio non l'intese soltanto in questo senso.

(4) S. Aurel. Vitt. *De Caesar* 19: *quippe qui primus edictum, quod varie inconditeque a praetoribus promebatur in ordinem composuerit*. Su queste pruove si fonda una simigliante notizia nella prefazione all' *Epitome legum*, in cui anche un Servio Cornelio è nominato come cooperatore di Giuliano.

(5) Hugo, *Storia del dritto rom.* p. 795 e segu.

co principio della costituzione republicana, che ogni editto valeva per il solo magistrato che ne era l'autore, e non per alcun altro, giacchè ciascuno di questi era indipendente. Fu osservato precedentemente, che questa limitazione cessò per l'editto pretorio, quale fu statuito sotto l'autorità di Adriano: avendo l'editto presa una forma stabile valeva per i pretori e per gli edili posteriori ed anche per i governanti delle province. Una tale estensione di applicazione non cominciò prima che Adriano avesse compiuto quel lavoro. Indubitatamente l'editto pretorio ebbe ora una forza obbligatoria anche per i magistrati municipali: ma questa estensione di applicazione avvenne pure al tempo di Adriano? La risoluzione di questo quesito dipende dal fatto, se noi consideriamo questa limitazione della giurisdizione municipale come anteriore o posteriore: se è anteriore, la quale opinione è quella da noi sostenuta precedentemente, sarebbe stato pure precedentemente rimosso l'ostacolo proveniente dal riportato principio, giacchè una tale limitazione importerebbe una subordinazione se non espressamente ordinata, almeno tacita sotto il pretore, come risolutamente avvenne dal tempo della introduzione dei consolari sotto Adriano. Il pretore era posto con ciò nella condizione di farsi attivo in un processo intentato davanti al magistrato municipale e di doverlo continuare quante volte la cosa richiedeva tali facoltà, che quegli non aveva: che cosa era dunque più naturale ed anche più necessaria, che ordinare ai magistrati municipali di seguire le regole dell'editto nei limiti della loro giurisdizione? Questo avvenne indubitatamente per l'*edictum praetoris urbani* nella *lex rubria de Gallia cisalpina*, in cui a modo di eccezione ed in alcuni casi fu ordinata l'applicazione dell'editto peregrino.

Alla più vasta applicazione dell'editto accennano le parole di esso: *quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur* (1). Un tale editto ha due parti: la prima è diretta contro colui, *qui magistratum potestatemque habebit*, (le ultime parole comprendono anche la *mandata iurisdictio*), che nell'esercizio della sua giurisdizione si fosse reso dolosamente colpevole di violazione del dritto esistente, la seconda contro la parte, che avesse cagionata e richiesta una tale ingiusta decisione. La pena consisterebbe in ciò, che quando posteriormente figurassero come parti in un caso simile, dovessero essere a richiesta dell'altro giudicati col medesimo dritto. La prima parte, della quale abbiamo soltanto ad occuparci, non poteva mai trovare applicazione contro lo stesso pretore, che aveva formato questo per la durata del suo ufficio, giacchè senza dire, ch'egli non poteva essere accusato durante questo tempo, nessun altro avrebbe potuto applicarlo a se ch'egli stesso. Ma se questo *caput edicti* era già compreso prima di Adriano negli editti pretorii, poteva riferirsi ai predecessori dell'edicente nella pretura (2), inoltre a quelli ai quali poteva commettere la sua giurisdizione (3), ed in fine ai magistrati municipali. Come parte dell'editto, qual'era stato statuito da Adriano, quella regola fondandosi ora sulla autorità del principe era applicabile a tutti i magistrati. Che i precedenti editti la contenessero, è verisimile; la composizione di essa nondimeno quale la leggiamo nei digesti, è manifestamente nuova, giacchè nella sua forma manifesta il potere dell'Imperadore.

Nè gli editti anteriori nè quello composto sotto Adriano ci pervennero interi, ma leggesene nelle fonti giuridiche e non giuridiche un gran numero di particolari principii parte riportati letteralmente, parte nel loro contenuto. La principale parte sotto un tale rispetto ed anche relativamente all'ordine dell'editto (in specie di quello di Adriano, dal quale in quanto all'ordine i precedenti deviarono certo in molti punti particolari) consiste negli estratti dei commentari dell'editto, che leggiamo particolarmente nei digesti (4). Senonchè non bisogna supporre, che ogni materia, che essi trattano particolarmente formasse pure nell'editto un obbietto speciale di trattazione. Su queste reliquie fu in varii modi tentato di raccogliere in-

(1) *L.* 1. §. 1. *L.* 4. *D. quod quisque iur.* (2. 2.)

(2) Cicerone (*ad Qu. fratr.* I. 7.) racconta, che (C. o Cn.) Ottavio avesse seguito una tale regola come pretore: *qui in magistratibus iniuriose decreverant, eodem ipsis privatis erat iure parendum.*

(3) Cicerone, l. c. — *parvi refert abs te ipso ius dici aequabiliter et diligenter, nisi idem ab iis fiet, quibus tu eius muneris aliquam partem concesseris.*

(4) Il loro uso per la determinazione dell'ordine dell'editto fu agevolato (col confronto della serie e successione delle materie secondo i frammenti dei commentari, in ispecie di quelli di Pomponio, Caio Ulpiano, Paolo, Giuliano, nei digesti) da G. Gotofredo nei suoi *fontes quatuor iuris civilis.*

sieme i principii dell'editto, ed anche determinarne la successione; il quale lavoro fu detto *restituzione* dell'editto (1).

Responsa et sententiae prudentium.

§. CXV.

Se noi trattando della scienza del dritto romano abbiamo anche parlato dell'attività dei giureconsulti e degli effetti di questa sulla legislazione, ciò fu fatto soltanto rispettivamente al progresso ed allo svolgimento del dritto in generale: ora abbiamo a considerarli sotto un altro riguardo, sotto quello alla immediata applicazione giuridica, ossia noi intendiamo parlare dell'autorità dei giureconsulti per i giudici. Una tale distinzione in quanto riguarda il subbietto, al quale assegniamo l'una e l'altra autorità sul dritto, può essere espressa nel seguente modo: quella, che noi abbiamo presa in considerazione precedentemente dee essere attribuita a tutta la serie successiva dei giureconsulti: ora tratteremo di quella, che si avviene a ciascun giureconsulto.

L'autorità dei giureconsulti fu una importante fonte di dritto per il giudice, che anzi possiamo dirla la più importante, giacchè nessun'altra fu tanto frequentemente e costantemente posta a profitto quanto questa. La forma nella quale aveva realtà per lui, era principalmente l'antica tradizionale dei *responsa*.

Il rispondere rimase sempre la speciale e più diretta attività pratica dei giureconsulti. Nel secondo periodo eravi qualche cosa di più libero, relativamente alle persone, alla forma dei *responsa* ed alla loro efficacia. Sotto questi rispetti avvenne una modificazione nel presente periodo.

Fa d'uopo richiamarci al pensiero la condizione delle cose, quando il dominio d'un solo cominciò a consolidarsi nella repubblica. Trattavasi d'innestare a questo dominio i più forti elementi dello stato, che non potevano essere soppressi, minorare la loro precedente indipendenza, e successivamente annullarla. Abbiamo osservato come ciò sia avvenuto per il potere del popolo del senato e dei magistrati: il che dovè riuscire meno difficile di quello che possa concepirsi da chiunque non consideri quanto gli avvenimenti del settimo secolo avessero preparato un tale cambiamento della costituzione nell'ottavo. Sembrerebbe poi al tutto inconcepibile, quando si volesse confondere la repubblica, che Cesare ed Augusto impresero a governare dispoticamente con quella del quinto e del sesto secolo, e si volesse giudicare dello spirito della intiera popolazione dalle tracce parziali d'un antico sentimento romano o dalle parole di quelli, che si richiamavano ancora alle antiche memorie.

Tra tutti gli elementi, nei quali si avvenne il principato nella vita pubblica di quel tempo, nessun altro aveva un tanto valido fondamento ed una condizione sì indipendente quanta n'ebbe l'attività dei giureconsulti. Aventi la fiducia del popolo, fondantisi sulla parte più nazionale della vita pubblica, non dipendenti da alcun'autorità dello stato, i giureconsulti avevano una potenza non vacillante per i cambiamenti della costituzione, certo non operante esternamente, ma insinuantesi nelle più svariate relazioni della esistenza giuridica, e nella radice dello stato: ad uomini politici come Cicerone una tale potenza, come deducesi da molte espressioni dei suoi scritti, riusciva importuna. La vera giurisprudenza per il suo andamento uniforme ed invariabile ebbe sempre il medesimo destino in tutti i tempi di agitazioni politiche. Indarno cerca Cicerone consolarsi coll'antica tradizionale opinione, che la giurisprudenza sia soltanto la seconda delle arti nella vita pubblica: indarno usa quando il motteggio, quando i buoni consigli per persuadere i giureconsulti a non essere quelli, al quale erano destinati: da tutti questi tentativi scorgesi quale fosse il suo sentimento verso un rivale divenuto invincibile.

L'avversione contro l'autorità dei giureconsulti, e contro il loro modo ordinario di considerare le cose tanto austero (avversione, che vedesi ripetuta nel maggior numero dei principi di tutti i tempi ch'energicamente intesero a riformare) dovette contribuire sul disegno di Cesare, secondo cui egli voleva *ius civile ad certum modum redigere, atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros* (2): pensava forse rendere con ciò oziosi i giureconsulti, come molti moderni principi sperarono il medesimo effetto dai codici. Caligola, che riguardavasi un secondo Cesare, di cui portava il nome, minacciò la rovina

(1) Haubold, *sui i tentativi di ristabilire l'editto pretorio*, nel magazino civile di Hugo II. 14. Un novello lavoro sull'editto con un tale tentativo è quello di De Weyhe, *Libri tres edicti etc.* 1823.

(2) Svetonio, *Giul.* 44.

dei giureconsulti: *de iuris quoque consultis, quasi scientiae eorum omnem usum abolilurus, saepe iactavit, se mehercle effecturum; ne qui respondere possint praeter eum* (1).

Augusto era tanto intelligente da non abbandonarsi al pensiero di potere escludere l'autorità dei giureconsulti, o almeno limitarla: ma sentì quasi la necessità d'innestarla in qualunque siasi modo nella novella costituzione, e di farla dipendente da questa. Per riuscire a tanto era d'uopo, che la loro attività cessasse in un certo grado di essere una occupazione privata, e sarebbesi raggiunto appieno un tale scopo, quando si fosse convertita in un ufficio pubblico: ma questa sarebbe stata una forma contradicente ed inconciliabile colla natura della cosa, Egli tenne una via media: concedette il *ius respondendi*, ed ordinò che i *responsa* dovessero essere dati sotto la sua autorità, affermando, che l'attività dei giuristi non ne verrebbe affivolita, ma ne avrebbe un incremento di forza (2). Fu pure introdotta una forma speciale per i responsi, dovendo esser dati in iscritto e segnati (3), per renderne impossibile la falsificazione (4).

Anche gl'imperadori posteriori limitaronsi alla semplice concessione del *ius respondendi*, accontentandosi di colorire in tal modo l'importante attività dei giureconsulti come emanante dal principato, senza toccare all'essenza stessa della cosa. Che si fosse ritornato all'antico costume republicano sotto gli imperadori posteriori non è probabile: sarebbe piuttosto concepibile che il dritto di rispondere avesse preso un indole sempre più officiale.

Noi non troviamo alcun cenno di cambiamento d'una tale istituzione in tutto questo periodo, che anzi Caio ne parla come di cosa che durava ancora (5): ed uno scrittore, che visse alla fine del quarto ed al principio del quinto secolo, Eunapio, fa menzione d'una tale concessione fatta ad un certo Innocenzo probabilmente anche sotto Diocleziano.

Nondimeno molti opinarono, che Adriano l'avesse abolita, soggiungendo però che i suoi successori l'avessero novellamente introdotta. Una tale opinione si fonda solamente sopra un racconto di Pomponio, il cui senso fu falsato d'un modo al tutto inescusabile (6). Pomponio dopo avere ricordato, che Augusto fu causa, che il dritto di rispondere dipendesse dell'autorità del principe, e che da quel tempo si richiese un tal dritto come un beneficio, aggiunnge, che Adriano abbia risposto alle richieste fattegli a questo proposito da personaggi ragguardevoli, che non trattavasi d'un beneficio, ch'egli concedeva loro, ma d'un favore, che essi usavano ai loro concittadini. Da ciò comprendesi, che è questo un onorevole ricoscimento dell'ufficio dei giureconsulti, cui Pomponio non volle tralasciare di trasmettere alla posterità: nè a lui nè ad alcun altro giureconsulto venne in mente d'intendere una tale urbanità come una emancipazione dal dritto di rispondere dal potere del principe (7).

Il terzo punto, relativamente al quale il dritto dei *responsa* si cambiò da quello che era ai tempi della repubblica si riferisce alla loro efficacia. Questa era già molto importante in quei tempi: era ben difficile, che un magistrato o un giudice non tenesse conto d'un responso d'un preclaro giureconsulto senza forti ragioni, e particolarmente senza l'autorità di altri giureconsulti: sicchè *l' auctoritas prudentium* è

(1) Svetonio, *Calig.* 34.

(2) Vi accenna l'espressione *publice scribere.* Come il primo che l'abbia fatto è nominato Sabino, Pomponio L. 2. §. 47. D. de O. I. (1. 2.)

(3) Walter (*stor. del dritto rom.* p. 440) intende nelle espressioni *signata responsa* l'impressione d'un pubblico sigillo. In alcun luogo non accennasi ad un pubblico sigillo, e l'impressione di questo è un anacronismo; un tale uso dei sigilli era ignoto ai romani.

(4) Tutto questo è confermato da Pomponio, il quale dice: *Et ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebat: neque responsa utique signata dabant, sed rumque iudicibus ipsi scribant, qui testabantur, qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderet, et ex illo tempore hoc suo beneficio coepit.*

(5) Caio I. 7: — *quibus permissum est iura condere:* è questa una espressione che non contiene alcuna limitazione ai giuristi presenti, nè alcuna esclusione di essi. Le istituzioni di Giustiniano l'hanno cambiata nell' altra: *permissum erat.*

(6) *L.* 2. §. 47. *D. de O. I. et ideo optimus principis Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sib liceret respondere, rescripsit eis, hoc non peti sed praestari solere, et ideo si quis fiduciam sui haberet, delectari se, populo ad respondendum se praepararet. Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet etc.*

(7) Puchta, *Oper. min. di dritto civile* 1851 p. 297.

già noverata in quel tempo fra le fonti del dritto. Che anzi può appena dirsi, che la loro efficacia fosse realmente cresciuta: ciò avvenne nella forma, essendosi riconosciuta la necessità, che noi diciamo esterna, per il giudice, di giudicare conformemente ad un responso, quando fosse stato dato in una forma legale da un giureconsulto avente il *ius respondendi*. Questo si deduce dalla istituzione precedentemente descritta: una tale concessione non avrebbe avuto alcuna ragione palese e sufficiente, quando l'autorità dei giureconsulti particolarmente distinti dal principe non ne avesse ricevuto un incremento almeno in quanto alla forma, giacchè in alcun modo non intendevasi negare a coloro a cui non era fatta una tale concessione, la libertà di dare il loro consiglio e parere. Inoltre il rispondere *auctoritate principis* importava una certa partecipazione dei *responsa* a quella forza legislativa, ch' era riconosciuta agli ordini emanati dal principe. Questo è perfettamente confermato da ciò, ch' espressamente è detto che Augusto sia stato l' autore della novella istituzione: *ut maior iuris auctoritas haberetur*, ed altresì dell' l' ordine della sigillazione, colla quale intendevasi assicurare il giudice contro la possibilità della falsificazione della opinione, ch' egli nelle determinate condizioni aveva a seguire come legge (1). Faremo parola appresso della conferma che viene alla nostra opinione da un frammento delle istituzioni di Caio, giacchè allora potrà questo essere perfettamente chiarito (2). La forza legislativa dei responsi aveva per la natura istessa della cosa ed in se una limitazione, stantechè molti erano i giureconsulti, che avevano contemporaneamente una tale capacità, dei quali niuno aveva il primato sull' altro. Sicchè poteva avvenire, che fossero presentati dalle due parti al giudice responsi differenti, i quali derogandosi vicendevolmente per una forza uguale, era rimesso al suo criterio decidersi per l' uno o per l' altro. È questa una conseguenza naturale di tutta l' istituzione, senza che avessimo bisogno di vederla confermata da alcuna pruova speciale: naturalmente avveniva la medesima cosa per i responsi anteriori ad Augusto per l' autorità, che riconoscevasi in loro a quel tempo.

Colla novella istituzione si formarono due classi di giureconsulti: quelli che avevano ottenuto il *ius respondendi* dal principe ed i rimanenti, che ne erano privi. Tutti i giureconsulti ed anche i primi avevano dovuti naturalmente appartenere a quest'ultima classe, ed è pure certo, che molti vi restarono per sempre. Ciò non impediva loro l'esercizio delle loro occupazioni giuridiche, senonchè questi (come osservammo) solevano forse esercitarle sotto una specie di patrocinio d'un giureconsulto della prima classe, continuando in tal modo la loro dipendenza e condizione scolastica. Potevano anche dare dei pareri (3), ma questi non avevano quella forza obbligatoria, ch'era una conseguenza di quella concessione. La naturale ed intima autorità, che avrebbe sempre potuto esistere indipendentemente da una tale concessione, come esisteva nel tempo in cui non usavasi darla, fu in certo modo sostituita dall' esterna e proveniente da questa concessione. Così avvenne, che soltanto gli ultimi furono reputati *auctores* (4) e realmente erano pure distinti col nome *iuris auctores* (5). Solamente ai più antichi giureconsulti, che avevano preceduta la novella istituzione, ai *veteres*, non fu negata l' autorità di *auctores*, essendo pure denominati *veteres iuris auctores* (6).

(1) A sostegno può leggersi Seneca, *Epist.* 94, che come esempio d' un principio, che senza altre pruove vale per autorità di colui, che lo pronunzia, cita i responsi: *quo modo iurisconsultorum valent responsa, etiamsi ratio non redditur.* Questo però potrebbe pure intendersi per l' autorità che avevano i responsi prima di Augusto.

(2) Hugo (*Storia del dritto romano* p. 810) è contrario a questa opinione sulla forza obbligatoria dei responsi, (la quale certo non fu sempre difesa colle migliori ragioni), non perchè egli avesse speciali considerazioni in contrario, ma perchè era soddisfatto delle ragioni a favore. La stessa cosa può dirsi di Zimmern, *Storia del dritto priv. rom.* §. 54. Avremo vocazione di parlare delle particolari ipotesi che furono proposte su questo obbietto, quando prenderemo in considerazione il frammento di Caio, che le cagionò.

(3) *Qua aetate (decem et septem annorum) aut paolo maiore fertur Nerva filius et publice de iure respondisse. L.* I. §. 3. *D. de postul* (3. 1.) Ch' egli ancora così giovine avesse ricevuto il *ius respondendi* non è probabile: tanto più che Ulpiano non parla *signata responsa*, ma di quelli coi quali oralmente sostenevansi in giudizio i reclami delle parti.

(4) Nel significato di Cicerone, *De orat*, I. 56.

(5) L. 17. *pr. D. de iure patron.* (37. 14). Dei giuristi d' una scuola: *huius scholae auctores* ec.

(6) Ales. *L.* 6. *C. de don. inter vir.* (5. 16) Dirksen, *sul significato tecnico dell' espressione veteres e di molte simiglianti parole.*

§. CXVI.

Ma i giureconsulti formavano autorità per il giudice non solamente coi responsi che erano dati nei singoli casi, ma anche cogli scritti: che anzi per quanto frequenti possono essere stati i primi, gli ultimi erano la forma la più estesa, colla quale operarono sull'applicazione del dritto; è quella, a causa di cui considerammo precedentemente l'autorità dei giureconsulti come la fonte del dritto la più importante per il giudice, attingendo da questa gli altri principii per la pratica: l'autorità delle opinioni manifestate negli scritti seguiva necessariamente dall'autorità dei responsi, non potendo ad alcuno venire in mente di negare ai primi l'autorità, che riconoscevasi agli ultimi. Ciò avrebbe importato, che vi fosse ragione di credere, che una opinion giuridica, che un giureconsulto aveva espresso nel chiestogli responso, contenesse con più certezza il suo fondato convincimento di quella manifestata negli scritti. Se potesse ammettersi una tale distinzione, ciò dovrebbe essere piuttosto a disvantaggio dei responsi, che potevano essere dettati dal naturale desiderio di compiacere al richiedente facendogli bene sperare (1). Oltre a questo gli stessi scritti consistevano in parte di responsi: limitare l'autorità di questi al singolo caso sarebbe un assimilarli alle *costitutiones personales*, e si darebbe con ciò all'autorità dei giureconsulti un carattere improprio ed estraneo. È certo, che riconoscevasi ai responsi un'autorità maggiore, e di questa partecipavano gli altri scritti: le nostre fonti non solamente quelle del seguente periodo ma di questo ancora contengono moltissimi casi di applicazione d'un tale principio: quante volte esse si riportano agli *iuris auctores*, accennano sempre ai loro scritti.

L'autorità degli scritti era conseguenza di quella dei responsi; è perciò che la prima suppone sempre l'ultima. Come nei tempi anteriori ad Augusto la opinione pubblica dava autorità ai responsi e quindi anche agli scritti d'un giureconsulto, nei posteriori ciò avvenne per concessione del *ius respondendi*. Questa dava la qualità di un *iuris auctor*, ed agli scritti quel carattere legislativo, di cui avrebbero mancato senza un tal dritto (2). Noi dobbiamo ammettere, che tutti i giureconsulti citati dai posteriori furono nel novero dei *iuris auctores*, dei *veteres* o divenuti tali per concessione: questo si deduce dalla tendenza pratica dei loro scritti: per gli altri non eravi alcuna importanza pratica di conoscere le loro opinioni (3). Sicchè gli scritti avevano la medesima esterna autorità come i responsi (4), ma questa (non altrimenti che per gli ultimi in simigliante caso) era inefficace, quando discordavano le opinioni degli *iuris auctores*, essendo in tale occasione il giudice rimesso al suo criterio e scelta. Perciò era di tanta importanza l'accuratezza, colla quale i giureconsulti osservano l'esistenza d'una controversia.

Nelle precedenti investigazioni sull'*auctoritas prudentium* avvisatamente non abbiamo fatto alcun uso diretto d'un importante frammento di Caio (I. 7) su questo proposito. Dimostreremo ora, ch'esso si accorda cogli esposti risultati, e che questi ne sono appieno confermati. Il frammento è il seguente:

Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere: quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id quod ita sentiunt, legis vicem obtinet, si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi, idque rescripto divi Hadriani significatur.

Si può tenere un doppio modo nella interpetrazione delle riportate parole. O fin dalle prime si ritiene per indubitato che Caio avesse usata l'espressione *responsa prudentium* nel solo senso letterale di pareri per i casi speciali ed in questa loro particolar applicazione, e cercasi quindi mette-

(1) Si leggano gli aneddoti, che Cicerone *de orat.* I 56 racconta.

(2) Giustiniano usa l'espressiene: *antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt, libros.* L. I. (*const. Deo auctore*) §. 4. *C. de veteri iure enucl.* (1. 17.) da ciò comprendesi chiaramente, ch'egli riconosca anche agli scritti l'autorità concessa dal principe.

(3) Perciò un tale allegazione potè servire nei tempi posteriori come un segno distintivo di autorità: — *quorum scripturae nullis auctoribus receptae nec usitatae sunt.* Giustiniano I. C. Una importante applicazione di questo principio è contenuta nella così detta legge di citazione del 426, il cui contenuto sarà esposto nella storia del quarto periodo.

(4) Fu una strana idea quello di ritenere come *ius scriptum* soltanto i responsi, e non gli scritti, che Zimmem op. cit. §. 14. difende riportandovi la L. 2. §. 5. D. de O. I. (1. 2.) nella quale in vero è detto: gli antichi prudendi erano gli autori del *ius quid sine scritto venit*, ma non già che questi scritti fossero *ius non scriptum*.

re di accordo con questa supposizione per quanto fosse possibile, la spiegazione che se ne dà: o pure senza risolversi anticipatamente per alcun senso di quelle espressioni, si fa salva la possibilità dei differenti significati nei quali fu potuta usare, e quella di determinarsi per l' uno o l' altro secondo quello, che sia detto dallo stesso giureconsulto.

Seguendo il primo modo Savigny ha interpetrato in quel brano il principio: che i responsi avessero forza legislativa per il giudice, quando non si potesse opporre loro un parere contrario di giureconsulti egualmente autorizzati (1). Questo principio in se stesso è vero, e come abbiamo osservato, segue da tutta l' istituzione dei responsi autorizzati. Ma che fosse contenuto nel frammento di Caio, è difficile pruovarlo. Secondo lui le parole: *quorum omnium si in unum sententiae concurrant* significherebbero, quando non si esponessero al giudice responsi contrarii: certo era impossibile che vi fossero responsi contrarii, quando tutti i giureconsulti erano consenzienti in una sola opinione sopra un medesimo punto, ma i due modi di esprimersi non sono identici, giacchè poteva avvenire, e non era questa una molto difficile possibilità, che sebbene non tutti i giureconsulti andassero in una medesima opinione, pure non si esponessero al giudice responsi contrarii (2). E quando pure volesse rispondersi, ch'era naturale, che in questo caso l'altra parte non avrebbe mancato di procurarsi un responso dal giureconsulto dissenziente, la condizione contenuta nelle citate parole, vi esisterebbe solo quando tutti i giureconsulti autorizzati fossero stati richiesti della loro opinione. A questa ultima affermazione, dalla quale con ragione si astenne Savigny, furono obbligati appigliarsi altri autori, che seguirono lo stesso modo di spiegazione (3). Si è venuto con ciò al pensiero al tutto arbitrario e non fondato sopra alcuna ragione, che tutti i *iuris auctores* contemporanei avessero formato un collegio, dal quale fossero emanati i responsi obbligatorii, e che questi avessero avuto forza legislativa o ne sarebbero stati privi, secondochè vi fosse stata unità di pareri o una semplice maggioranza (4). Si comprende, che queste spiegazioni o contengono un principio vero ma che non risponde alle parole di Caio, o evitano l'ultimo difetto soltanto a prezzo d' un errore.

Facciamo astrazione dall' espressione tecnica, colla quale comincia il frammento, e che questo è diretto a chiarire, dimentichiamo per poco tutto quello che da noi conoscesi per altre vie dei *responsa prudentium*, e facciamoci imparzialmente istruire da Caio: è in questo senso ch' egli parla delle opinioni dei giureconsulti, ai quali è riconosciuto il *condere iura.* Avrebbe potuto usare l' espressione *ius respondendi* come Pomponio, ma si avvisa altrimenti, adoperando un' altra più generale, che non comprende in se il semplice rispondere. Colla stessa generalità parla delle *sententiae et opiniones*, le quali parole non indicano una forma particolare di opinioni giuridiche, ma vi sono comprese quelle deposte negli scritti al pari dei pareri (5). Senonchè egli aggiunge, e cita pure un rescritto di Adriano, quando tutte le opinioni si accordano sopra un medesimo principio, questo ha la stessa forza, come se fosse espresso in una legge: in caso di controversia il giudice può scegliere fra le differenti opinioni. Ciascuno, quando egli non si lasci anticipatamente preoccupare dalla parola *responsa*, cercherà le opinioni, alle quali qui si accenna, negli scritti dei giureconsulti, a questi soltanto riporterà una tale espressione. Ed a questa forma della *auctoritas prudentium* doveva principalmente ricorrere il pensiero di Caio: non solamente era per il giudice l'uso degli scritti molto più importante e comprensivo dei singoli responsi, non solamente i primi meglio degli ultimi entravano nella serie delle leggi, dei senatoconsulti e degli editti dei magistrati, ma soltanto in essi contenevasi in un modo compiuto l'*au-*

(1) Savigny, *sistema del dritto rom.* I. p. 156.

(2) Quanto si ammettesse con Schrader, che i giudici fossero obbligati a richiedere i responsi dai giuriconsulti, potrebbesi (sebbene non senza qualche durezza) intendere il *quorum omnium* per tutti quelli richiesti dal giudice, ma un tale pensiero è meno di qualunque altro fondato.

(3 Zimmern, *Storia del dritto privato rom.* §. 54, ed altri.

(4) Quando questo collegio non fosse una favola senza fondamento, si troverebbe indicato il luogo, dove avrebbe tenute le sue adunanze in una notizia dello scoliaste di Giovenale: I. 228: *iuris peritus Apollo iuxta Apollinis templum iurisconsulti sedebant et tractabant.*

(5) Ales. L. 5. C. de test. mil. (6. 21): *sententiis prudentium virorum et constitutionibus divorum parentum meorum placet.* Le *sententiae* di Paolo non erano una collezione di responsi.

ctoritas prudentium, quella cioè di tutta la serie degli *iuris auctores* e non dei soli vivi ed attivi. Sarebbe molto strano che Caio parlando delle fonti del dritto avesse presa in considerazione esclusivamente l' autorità momentanea dei giureconsulti viventi, ed avesse taciuto di quella,in cui consisteva l'immensa ricchezza di questa fonte speciale (1).

Ma ci rimane ancora a dimandare: se questo, che è il più naturale ed anche secondo il senso letterale il solo possibile modo di spiegare le parole di Caio, si accorda con quello che cercavasi spiegarne? poteva Caio definire in questo modo i *responsa prudentium*? Qui deesi avanti tutto ammettere da ciascuno, che colla parola *responsa* si accenna ai pareri non limitatamente al singolo processo a cui si riferivano, ma anche nella loro esistenza ulteriore, essendovi compresi altresì i responsi ch'erano contenuti negli scritti di qualunque natura si fossero ed anche nei libri esclusivamente aventi un tale obbietto. Sicchè non vi ha difficoltà d'intendere questa parte della letteratura giuridica nella parola *responsa*, quale vedesi usata nel frammento di Caio. Ma non possiamo limitarci a questo. *Responsa prudentium* era l'espressione tradizionale usata per indicare la fonte del dritto, che Caio novera fra le altre e chiarisce, e che Papiniano indica colla parola più generale *auctoritas prudentium*. Essa proveniva da un tempo, in cui i responsi erano la sola forma di questa autorità, alla quale associossi quella degli scritti, che posteriormente ed anche prima di Caio addivenne la più importante. Fu questa conservata come l'espressione tecnica, giacchè nel fatto l'autorità degli scritti supponeva sempre quell'altra attività, e nel tempo successivo questa autorità fu concessa in forma tale, che riferivasi immediatamente al *ius respondendi*. Se Caio avesse voluto definire i responsi nel loro senso letterale, avrebbe dovuto esprimersi ben altrimenti: avrebbe dovuto dire, quando avesse trovata necessaria una definizione: *quae consulentibus dantur ab his*: ma egli dice: per *responsa prudentium* debbonsi qui intendere le opinioni dei giureconsulti, che sieno stati autorizzati, e le sue parole saranno intese nel loro vero senso, quando si consideri, ch'egli aveva voluto dare una spiegazione più larga del significato letterale.

Se dunque il suo frammento non si limita ai responsi, ne sarebbe confermata in un modo illimitato la forza legislativa, che noi abbiamo riconosciuto loro. E se questa è data agli scritti con più ragione lo si deve ai pareri, dalla cui autorità emana quella degli scritti.

§. CVII.

Fra le occupazioni del giureconsulto fuvvi sempre ed anche in questo periodo la direzione e l'esercizio delle faccende giudiziarie, sebbene un tale elemento della loro attività venisse sempre più negletto dai più ragguardevoli, e rimesso ai giuristi d'un ordine inferiore. La connessione di questo coll'obbietto finora trattato può giustificare alcune notizie sui documenti di atti giudiziari, che ci pervennero da un tale periodo. Queste reliquie hanno la speciale importanza di ritrarci la vita reale del dritto, e di dare ad alcuni punti particolari una forma più determinata meglio che nol potrebbe far la teoria, che si contiene nelle fonti. Noi non abbiamo molti di simiglianti documenti, che in questo senso sarebbero veramente istruttivi, sebbene il numero di quelli, che ci pervennero o interi o in parte, fosse abbastanza grande.

Tali atti giudiziari o almeno alcune parti di essi ci pervennero in copia negli scritti giuridici ed in altre fonti, nelle quali sono riportate per facilitare l'interpetrazione ed in generale l'intelligenza del dritto. Ordinariamente solevansi affidare gli atti i più importanti, la cui esistenza e conoscenza volevasi assicurare per lungo tempo, sopra un materiale meno fragile e particolarmente sul metallo e sulla pietra. Perciò non pochi documenti ci pervennero originalmente. Le raccolte generali delle iscrizioni ne contengono pure molte, che sono d'una importanza esclusivamente giuridica (2); fu altresì tentata una collezione particolare di queste ultime (3).

(1) Quando Pomponio nel noverare i giureconsulti non senza accuratezza indica quanti scritti avesse ciascuno lasciato, e quali ne sussistessero, le nostre opinioni moderne ci porterebbero a scorgervi un semplice apparato letterario di dottrina. Il suo proposito era ben altro, era direttamente pratico: per lui questi scritti erano una fonte di dritto, la cui conoscenza era una necessità pratica. Oltreacciò egli comincia il suo novero colla osservazione: *ut appareat qualibus haec iura orta et tradita sunt*.

(2) La migliore e più recente collezione di questo genere è quella di Orell. *Inscriptionum latinarum selectarum ampliss. collectio* etc. 1828 II. vol.

(3) Un tale tentativo fu fatto da E. Spangenberg, *Juris rom. tabulae negotiorum so-*

Ci limiteremo a riportare soltanto alcuni dei più importanti di questi documenti:

Un atto di donazione scoverto in Roma nel 1837 da Ritschl in una collezione di iscrizioni in manoscritto. Fu pubblicato da Huschke con un eccellente commentario, nel quale si accenna e sono anche chiariti alcuni altri documenti d'un simigliante contenuto (1). Un certo Sintrofo dona ad un liberto un tratto di terreno colla condizione che il godimento dovesse essere e rimanere comune fra il donatario e gli affrancati con lui e trasmettersi ai loro posteri e liberti. Per assicurare un tal patto, fu convenuto una *penae stipulatio*, fra il donatario e il donante: segue quindi la mancipazione e la tradizione. Di tutto questo leggonsi particolari notizie nel documento:

Una *obbligatio praediorum*, (è questo il vero nome del documento, ed erroneamente fu detto *tabula alimentaria Traiani*), la quale merita considerazione meno per la sua importanza giuridica, che non è molto grande, che per la sua straordinaria estensione. Fu trovata sotto le ruine di Veleia presso Piacenza nel 1747 sopra una forte tavola di bronzo larga piedi 10 1/2, alta 5 (2). Traiano aveva destinato un capitale per gli alimenti dei fanciulli poveri: dagl'interessi del quale un numero di questi doveva mensilmente ricevere qualche soccorso con distinzione del sesso e della nascita legittima o illegittima. Una parte considerevole di questo capitale fu pure assegnata a Veleia. Per metterlo a profitto fu dato a prestito ad un gran numero di persone, che dettero in pegno la loro proprietà fondiaria. Il documento ricorda singolarmente i nomi di questi: vi si osserva per ciascuno, ch'egli trattò personalmente o per procuratore, che avesse portato a tanto il valore della sua proprietà, quale somma ne avesse ricevuto, e con quali beni garentita (3). Questi beni, quando erano molti, sono particolarmente nominati con un estimo speciale, e colla indicazione della parte del capitale, che debbono assicurare. Il documento non contiene esso stesso l'atto di pegnoramento, ma l'indicazione delle persone, colle quali furono conchiusi i singoli contratti (4):

Molti frammenti ci pervennero di testamenti incisi sopra pietra o bronzo. I più degni di considerazione sono quelli del testamento d'un tale Dasumio, dei quali il primo nel 1820, il secondo fu trovato in Roma nel 1830 (5).

Fra i pubblici atti si noverano i congedi dei soldati, dei quali esiste un numero considerevole (6).

Deesi infine far menzione delle determinazioni dei municipi e dei collegi, che trovansi in gran numero nella raccolta delle iscrizioni. Fra le ultime merita di essere particolarmente indicato un atto trovato in Siebenburg sullo scioglimento d'una società addetta alle sepolture (7). Ad una simigliante società si riferisce altresì l'importante iscrizione che contiene gli statuti di essa, ed avanti tutto un capitolo del senatoconsulto, che dichiara permessi simili collegi (8).

QUARTO PERIODO.

§. CVIII.

L'obbietto, che noi inprendemmo a trattare è la storia del dritto presso il popolo romano. Potrebbe parere che questa finisse

lemnium etc. 1822: la quale si estende anche ai tempi posteriori, sebbene incompiuto e mancasse di critica. Il *corpus iuris anteiust. bonnens*, conterrà una simigliante collezione. Del resto in questa specie di documenti fu particolarmente attivo lo spirito di falsificazione e d'invenzione: perciò vi abbisogna molta attenzione per non essere tratto in errore. Ci si porge un esempio nella collezione di Mommsen, *Inscriptiones regni Neapolitani* 1851.

(1) Huschke, F. *Flavii Syntrophi instrumentum donationis ineditum Vratisl.* 1838. 4.

(2) F. A. Wolf. *Sopra una pietosa fondazione di Traiano.* Berl. 1803. Savigny, Nel giornale di Eidel. 1809. p. 254. Pietro di Lama, *Tavola alimentaria velciate*, *detta traiana* scc. Parma 1819. 4.

(3) Per esempio. M. *Virius Nepos professus est praedia rustica deducto vectigali* KS. CCCXD. XXXXV. n. *Accipere debet* HS. XXV CCCLIII. n. *et obbligare fundum etc.*

(4) Un altro documento d'un simigliante contenuto sopra una fondazione di Troiano, a favore dei *Ligures Corneliani Baebiani*, fu scoverto recentemente in Napoli, e pubblicato negli *Annali dell'instituto di corrispondenza archeologica.*

(5) Compiutamente stampato negli *Annali dell'istituto di corrispondenza archeologica* 1831 ristaurati e commentati da Rudorff, *Giorn. per la scienza stor. del dritto* XII. 10. 1845.

(6) Platzmann, Praes. Haubold, *Jur. rom. testimoniis de militum honesta missione quae in tab. aeneis supersunt illustrati spec.* 1818.

(7) Massmann, *Libellus aurarius sive tabulae ceratae et antiquissimae et unicae Romanae in fodina auraria apud Abrupbanyam. oppidulum Transylvanum nuper repertae* 1840 Huschke, *Giorn. per la scienza stor.*

(8) Mommsen, *De collegiis et sodaliciis rom.* 1843. p. VI. Huschke, o p. cit.

nel terzo secolo della nostra era. Nel disordinato tumulto di questo tempo si estinguono gli ultimi suoni dell'antica nazionalità romana, che fino allora potevansi tuttavia percepire sebbene in un numero e forza sempre più decrescente. Da questo tempo può parlarsi d'un popolo romano soltanto ed appena per il nome. Quando Roma nel 248 fece la millesima festa secolare, nel fatto non era più l'imperante legislatrice del vasto impero, o almeno era sul periodo di perdere questo primato: l'Italia in prima, e poi le provincie, miscuglio delle più svariate nazionalità strette soltanto esternamente in un corpo politico, vi si affollavano, ed erano a pari altezza con quella, che fu un tempo il *domicilium imperii*, *il caput rerum*, *arx omnium gentium*: la popolazione romana non potevasi più vantare di essere il cuore palpitante, l'anima dell'immenso corpo politico, ed anche il principio assimilatore delle straniere nazionalità. Questo destino di Roma e della nazionalità romana era già deciso, quando sotto Costantino sorse in Bizanzio, in un remoto angolo d'una provincia, una seconda e più importante capitale: di fatto gl'imperadori occidentali portarono altrove la loro residenza, e lo stato romano infine, che nel 476 rovinò in occidente sotto più forti stranieri, ricorda appena per un linguaggio tradizionale l'impero del popolo romano, che in realtà non esisteva più da secoli.

È questa un'epoca novella che preparata sotto il reggimento di Diocleziano comincia con Costantino. Nel cristianesimo e nella sua forza ed azione sui rapporti esterni si ripone la più intima vita della storia moderna, e fu esso in quel tempo uno dei più importanti avvenimenti politici. Una immensa forza erasi già cominciata ad agitare, come fuoco che dopo essersi lungamente nascosto per i differenti recessi d'un edificio, irrompe in fine in lucida fiamma dalla sommità.

In una storia del dritto, che si facesse a trattare lo svolgimento di questo presso tutti i popoli noi dovremmo porre termine alla trattazione di questo anello della grande catena col governo di Diocleziano, o per usare una espressione più rispondente alla materia coll'ultimo giureconsulto, nel quale una scintilla dell'antico spirito romano mostri l'ultima sua forza, e la cui attività ritraeva l'anima originale romana. Noi avremmo dovuto cominciare la novella epoca da Costantino, nella quale il dritto romano sorgendo dalla tomba del popolo, che ne fu il produttore, modificantesi e modificato prende una vita novella.

Ben altra cosa avviene trattandosi della storia speciale del dritto romano. In questa il momento, che si manifesta come il principio d'un novello mondo all'occhio che si spinge oltre, appare come la fine, che chiude un passato. È il medesimo punto di considerazione che ci fa riguardare la morte come la fine della vita, dovechè è nello stesso tempo la fonte di una vita novella.

La costituzione (1).

§. CXIX.

Diocleziano cominciò a governare nel 284, e si scelse a compagno nel 286 Massimiano, col quale divise l'impero. Dopo un lungo regno, di cui Diocleziano fu l'anima, entrambi abdicarono nel 305. Occuparono il loro posto Galerio e Costantino scelti già da essi per loro successori fin dal 292. L'ultimo morì l'anno 306, e gli succedette il suo figliuolo Costantino il primo (*magnus*). Questi liberossi successivamente dai suoi colleghi e rivali, e fin dal 323 occupò solo il trono, che conservò fino alla sua morte (337). Gli succedettero i tre suoi figliuoli Costantino II, Costanzio e Costante. Anche essi ebbero un governo irrequieto parte per interne discordie fra loro, sebbene si avessero divisa l'amministrazione dell'impero, parte per altri pretendenti. Il primo perì nel 340, i due ultimi governarono insieme fino ai 350; ed in questo anno essendo stato morto Costante, Costanzio regnò solo da quel tempo fino al 361. Dopo la sua morte venne al trono Giuliano, che già da un anno era stato nominato imperadore dal suo esercito, il cui breve regno (sino al 363) ostile al cristianesimo fu desiderato e lodato dai filosofi pedagoghi del tempo, e veduto anche con favore dai posteriori, ma nel resto poco saggio. Alla sua morte le milizie scelsero a successore Gioviano, che morì nel seguente

(1) Su questo argomento, e particolarmente sui più importanti elementi dell'amministrazione della giustizia può leggersi uno scritto, nel quale occorrono le idee fondamentali per un concepimento vero di esso sì nella generalità come nei particolari, ed in cui è ridotta in un tutto sistematico la moltitudine delle notizie, che noi abbiamo su questo obbietto: Bethmann-Hollweg, *Costituzione giudiziaria e procedura del cadente impero romano*: vol. I. del Manuale della procedura civile 1834.

anno. Fu eletto nello stesso modo Valentiniano I, che associossi all' impero il suo fratello Valente, e divise con lui l' amministrazione in modo, ch'egli ne avesse la metà occidentale, e Valente l'orientale. Valentiniano resse solo l'occidente fino al 367; da quel tempo governò con suo figliuolo Graziano, ch' egli associossi all' impero, finchè alla sua morte (375), il mentovato Graziano, ch' egli stesso era divenuto appena maggiore, associossi il più giovine fratello Valentiniano, col quale divise l' amministrazione, e che dopo la morte di Graziano (383) rimase solo governante dell' occidente almeno di nome: egli fu ucciso nel 392 di anni 21. Valente per contrario resse solo l' oriente sino all' anno 378, in cui perì presso Adrianopoli guerreggiando contro i Goti.

Fu successore di Valente Teodosio I, il cui reggimento comincia dall' anno 379. La forza morale di quest' uomo intelligente si estese anche alla parte occidentale dell' impero, la cui amministrazione cedette a lui dopo la morte di Valentiniano anche nominalmente. Questa unione di tutto l'impero sotto una sola amministrazione durò breve tempo, giacchè Teodosio morendo nel 395 lasciò il regno ai suoi figli, ch'egli avevasi associati all' impero sin da molti anni. Questi si divisero l'amministrazione seguendo i suoi voleri, e secondo che usavasi in simili casi in province occidentali ed orientali. Questa divisione fu permanente da quel tempo. Con ciò non intendevasi distruggere l'unità dell' impero, ed anche fu riconosciuto un certo predominio sul governo occidentale alla linea orientale per il primato, che si ebbe parte per la opinione pubblica, parte pure per considerazioni personali, dovechè il reggimento degl'imperatori occidentali si per i barbari affollantisi ed inoltrantisi dal di fuori, come per la sempre crescente intima dissoluzione divenne sempre più precario, e di fatto per la maggior parte della sua durata fu limitato ad una estensione delle sue terre proporzionatamente piccola: finchè in fine anche il nome di un imperatore romano si estinse in occidente nel 476.

Ad Onorio toccò l'occidente, e lo resse fino al 423. Gli succedette (dopo il governo di Giovanni sino al 425 e non riconosciuto dalla corte romana) Valentiano III di sette anni, che fu ucciso nel 455. Petronio Massimo usurpò il trono: ma dopo pochi mesi perì per mano dei suoi fuggendo davanti i Vandali: egualmente poco governò Avito, che fu espulso dal trono nel 456. Maioriano prese a governare: fu riconosciuto dalla linea orientale; ma nel nel 461 perdè il trono e la vita. Gli successe Severo fino al 465. Il trono occidentale rimase quasi un anno e mezzo vuoto, finchè nel 467 fu nominato imperatore Antemio, e governò fino al 472. Olibrio che doveva occupare il suo posto morì dopo pochi mesi. Dopo lui fecesi nominare imperatore Glicerio, che fu vinto da Nepote, che a suo luogo dovette pure cedere. Nel 475 un giovine, detto Romolo Augusto, fu elevato al trono da suo padre Oreste che voleva imperare sotto il nome del figliuolo. Fu l' ultimo imperadore dell' impero occidentale. Già da lungo tempo i condottieri delle milizie straniere avevano disposto della dignità imperiale, e ne avevano posseduti anche i supremi poteri. Odoacre piombò in Italia nel 476, destituì quel Romolo, e fecesene re.

Arcadio governò in oriente fino al 408: gli successe suo figlio Teodosio II, ch' egli avevasi associato all' impero ancor fanciullo; regnò sino al 450 (mentre in occidente erano stati imperadori prima Onorio e poi Valentiniano III). Dopo lui fu imperatore Marziano sino al 457, poi Leone sino al 474 (mentre in occidente governavano Maioriano, Severo ed Antimio), dopo Leone II, il cui reggimento cominciò e finì nel 474, fuvvi Zenone sino al 491, e poi Anastasio fino al 518. Gli successe Giustino primo, che nel 527 poco prima della sua morte associossi all' impero il suo nipote Giustiniano.

§. CXX.

La costituzione dell'impero, intendendo per questa l' organamento dei differenti membri del corpo politico, era la più semplice, che possa concepirsi. Consisteva in ciò, che l' imperadore giuridicamente considerato formava l'unico membro di detto organamento, o meglio, stantechè nelle condizioni storiche dell'impero, non può parlarsi di organamento, tutto lo stato concentravasi nella sua persona. L'apparenza delle forme republicane, ch' erasi conservata almeno esternamente nei secoli anteriori, era mancata in questo tempo, senzachè il morto corpo avesse la forza di produrre una monarchia organica in luogo della repubblica sepolta coll'antichità. Non era dunque altro possibile che la forma giuridica d' un vuoto dispotismo, in cui secondo le occasioni e soltanto di fatto mostravasi attivo colla forza o per astuzia l'arbitrio dei sudditi, ai quali non era riconosciuto alcun altro dritto.

L'imperatore era l' assoluto signore ed imperante, avanti al quale nessun altro elemento dello stato aveva una esistenza indipendente, giacchè era nello stesso tempo la legge viva, a cui niuno poteva opporre la legge morta, ch'egli poteva in ogni momento non

solamente per il futuro ma anche per il passato cambiare, e sulla quale aveva un potere predominante. Il suo dominio estendevasi anche sulla chiesa di quel tempo e luogo. Come nella Roma pagana la religione fu una semplice cosa di stato, così pure al presente cercossi dare ai rapporti religiosi una forma politica. Le controversie e le lotte dommatiche presero un colore politico, ed i partiti politici cercarono dare alle loro pretensioni per meglio sostenerle una veste religiosa; giacchè soltanto nella esistenza religiosa eravi ancora in quel tempo spirito ed energia, intima vita, ed un forte operare. Rispettivamente alle relazioni della chiesa collo stato è grande la differenza fra l'oriente e l'occidente. In quello riuscì agl'imperatori più che in questo farsi signori della chiesa. Il dispotismo era qualche cosa di naturale in oriente; era una forma di governo tradizionale: in occidente era un prodotto straniero, che non potè mai gettare ferme radici fra le nazioni. In quello comunicò allo stato nella generale dissoluzione una certa forza ed una compatta esistenza, qui tolse ad esso ogni energia, ed accelerò la sua rovina. Quelli, ai quali era commessa la direzione della chiesa in oriente, concessero che questa dovesse fino ad un certo grado essere incorporata nello stato per prezzo della loro signoria sulle faccende temporali, che non mancò loro mai sotto gl'imperatori orientali. Nella parte occidentale per contrario la chiesa prese una più conveniente indipendenza in opposizione collo stato.

Per quanto semplice fosse la costituzione dello stato, altrettanto ne era complicata l'amministrazione. In parte era questa una necessaria conseguenza della stessa semplicità della costituzione, la quale escludeva ogni indipendente attività degli elementi subordinati dello stato, concentrava tutte le forze pubbliche, e produceva un meccanismo materiale, in cui il movimento era communicato dal centro alle parti estreme con fila variamente complicate. Con ciò non intendiamo dire, che questa forma di governo pari ad una machina fosse stata realmente attuata: questo riuscì in quel tempo tanto poco, che in molti moderni stati, nei quali sperossi raggiungere il medesimo ideale: la natura degli uomini e quella stessa delle cose produssero in quel tempo e sempre una certa repellenza contro un tale sistema. Ma una tale repellenza non potè tanto da cambiare le istituzioni, che distesero una rete artificiale su tutti gli elementi pubblici dello stato.

Costantino divise l'amministrazione civile dalla militare assegnando a ciascuna di queste ufficiali particolari. Anche in ciò differenziossi la novella amministrazione dalla semplicità della precedente, seconda la quale il medesimo reggente provinciale aveva il comando militare ed il reggimento civile. Può in qualche modo attribuirsene ad Augusto la origine, in quantochè egli spartì le province fra se ed il popolo, riserbando a se quelle, nelle quali stanziavano le milizie. Con ciò i reggenti delle province del popolo addivennero di fatto semplici ufficiali civili, dovechè in quelle del principe durava ancora l'unione dei due poteri. Per una estensione di paese non grande proporzionatamente a tutta la distesa dell'impero, e finchè il governo centrale rimase abbastanza forte, il concentrarsi di queste differenti parti del potere pubblico in una sola persona potè sembrare poco pericolosa ed in fatti troviamo, che posteriormente Giustiniano introdusse l'antica costituzione in molte delle province orientali, che erano vicine al centro del potere supremo. Ma sotto Costantino, quando colla istituzione di cariche medie fra l'imperatore ed i reggenti delle province formaronsi degli ufficiali, al cui governo era soggetta una parte considerevole dell'impero, fu creduto pericoloso commettere loro tutti i poteri sopra un tanto vasto territorio. Che anzi per rendere più difficile una intelligenza segreta fra le autorità civili e militari a danno dell'imperatore, la giurisdizione dell'una fu istituita diversamente da quella dell'altra, ed in modo che la divisione di tutto l'impero rispettivamente all'amministrazione militare e civile fosse nello stesso tempo varia ed equilibrantesi. Un passo in avanti in questa divisione di poteri, ossia la distinzione dell'amministrazione della giustizia dalle altre civili, avrebbe prodotta la sicurezza e l'integrità del dritto, ed in quelle condizioni sarebbe stato un vantaggio immenso per i sudditi; ma perchè questa non era richiesta dall'interesse dei governanti, non pensossi perciò ad introdurla.

Se l'amministrazione erasi in tal modo nella generalità allontanata dalla precedente semplicità, l'immenso concorso al servizio dello stato conferì a dare ad essa anche nei particolari una forma poco conveniente e dannosa altresì al pubblico bene. Un tale concorso fu cagionato non solo dai grandi vantaggi pecuniari, che provenivano dal servizio dello stato, ma anche dall'onore, che vi si annetteva. Sarebbe un errore concepire un tale onore come una semplice soddisfazione di vanità; esso produceva altresì una maggiore capacità giuridica, ed aveva perciò una importanza reale.

Le differenze di classe, che operavano in questo periodo sul dritto, distinguevansi in due specie, secondochè avevano un fondamento indipendente, o procedevano esclusivamente dalla volontà dell'imperatore. Si appartenevano alle prime le differenze tradizionali del tempo antico fra *cives latini* e *peregrini* colle distinzioni accessorie, fra liberi e liberti e fra cittadini onorati e gl'infami. Queste differenze sussistono ancora in questo tempo, ma la loro importanza va mancando successivamente, finchè particolarmente sotto Giustiniano o sono annullate espressamente, o almeno perdono ogni realtà. Per contrario cominciò a formarsi una novella distinzione, che posteriormente ebbe una grande importanza, ed è quella fra i proprietari delle terre (*possessores*) e gli altri sudditi, artigiani, operai ecc. che mancavano d' un simile possesso, e per i quali fu usata in un senso speciale la parola *plebs*. In questo periodo formossi una novella distinzione fondata su considerazioni religiose fra cristiani e pagani, fra credenti ed eretici, che fu di grande momento nel dritto di quel tempo. Ma l' ultima di queste distinzioni entra nella seconda classe: giacchè gl'imperatori non la considerarono come un fatto indipendente da essi, al quale non avevano che ad applicare gli effetti civili, ma ritennero per se la stessa decisione della quistione, se alcuno dovesse essere considerato come ortodosso o eretico. Disponendo che il solo e vero cristiano dovesse avere la prima capacità giuridica, statuirono nello stesso tempo chi dovesse ritenersi per tale: la qualificazione d' una persona sotto un tale rispetto dipendeva dalle credenze, alle quali erano addetti gl' imperatori e la sua corte.

Una delle distinzioni di classi, le quali originaronsi per concessione imperiale, fu il patriziato, nobiltà personale ad imitazione dell'antico patriziato, ma che al presente era dato ad arbitrio dell' imperatore. Una nobiltà d'un grado superiore era quella dei membri della famiglia imperiale. Ma molto più importante delle summentovate era la classe di coloro, che addicevansi al servizio dello stato sia civile sia militare. Questi distinguevansi in due grandi classi: gli ufficiali dello stato, e quelli che non avevano alcuna qualità o grado. Che col servizio pubblico negli uffici superiori si associasse una certa dignità, che colui che lo aveva prestato la conservasse ancora dopo cessate la sua attività, e che da ciò provenisse anche alla sua famiglia un certo lustro, è molto naturale, ed il medesimo fenomeno occorre parimente nei tempi della repubblica. Ma fin dal precedente periodo osservasi già una distinzione legalmente riconosciuta di alcuni uffici, e tale è quella della classe dei senatori dagli altri cittadini. Nel presente periodo questa aristocrazia officiale, la sola possibile sotto quella forma dispotica di governo, prese una forma più stabile e generale. In moltissime leggi di questo periodo è particolarmente statuito quali esenzioni o privilegi provengano dalla qualità di ufficiale pubblico in generale, o dai diversi gradi di essa e secondo le differenze fra le dignità reali o semplicemente titolari, fra le persone in attività o in ritiro.

Vi abbisognerebbe un volume intero per descrivere in un modo alquanto compiuto tutta questa moltitudine degli officiali pubblici. Noi ci limiteremo a darne soltanto una notizia generale. Una nuova istituzione fu quella della introdotta subordinazione fra essi. A questa dipendenza si riferisce la diversità del grado che era indicata colle espressioni: *illustres*, *spectabiles clarissimi*, le quali non esprimono solamente una qualità personale, ma anche principalmente la condizione officiale (1). Il *clarissimus* è subordinato allo *spectabilis* e non immediatamente all' *illustris* (*sub dispositione*), e ne riceve gli ordini, dovechè l'*illustris* non ha alcun altro al di sopra di se dell'imperadore in fuori (2). Così quelle denominazioni di grado esprimono nella loro succesione quello stesso, che è indicato dalla divisione in *iudices maiores*, *medii*, *minores* (3):

La distinzione, in *iudices ordinarii* e *sacri* ha una connessione più immediata colla costituzione giudiziaria. I primi sono i giudici di prima istanza, e dipendenti dalle autorità civili, i secondi quelli che *vice sacra* giudicano, ossia esercitano la giurisdizione dell' imperatore: il che è particolarmente vero di alcuni *illustres* essendo dai loro giudizi tanto poco possibile un appello, quanto lo sarebbe stato da quelli dell'imperatore: anche gli altri *illustres* ed i *spectabiles* sono noverati fra i *iudices sacri*, sebbene le loro sentenze non fossero inappellabili. La

(1) Bethemann-Hollweg op. cit. p. 43.

(2) Coll'espressione *sub dispositione* è indicata la circonferenza delle operazioni dei diversi ufficiali, e quali altri erano loro soggetti.

(3) Occorrono anche due altri gradi inferiori, *perfectissimatus*, ed *egregiatus*. Queste espressioni però non esprimono come quelle la condizione di ufficiale pubblico, ma soltanto il grado personale. Erano principalmente usate per dare una dignità personale ad alcuno, che aveva prestato dei servizii, ed il cui uffizio non era una *dignitas*.

espressione *iudices sacri* è usata inquantochè con quell' aggettivo non altrimenti che colla parola *divinus* è indicato nel linguaggio officiale di quel tempo tutto quanto immediatamente riferivasi al principe.

Dignitates palatinae.

§. CXXI.

Tutte le *dignitates* distinguevansi in *palatinae* (di corte) *civiles, militares.* Fra le prime deesi far menzione di quelle, che prendevano parte alle faccende generali pubbliche (1) sia nelle loro occupazioni particolari, o come parti del consiglio imperiale di stato. Questo consiglio, che occorre già nel precedente periodo come *consilium principis* ebbe una istituzione stabile fin dal tempo di Diocleziano sotto il nome *consistorium principis* (2). In questo *consistorium* erano ordinariamente risoluti tutti gli ordini, che emanavano direttamente dall' imperatore, e quindi i provvedimenti generali governativi, la legislazione, ed i negozi giudiziari, ch' erano portati alla decisione dell' imperatore, quando egli non ne commetteva l' investigazione e decisione ad uno o a molti altri officiali, ed era questo il caso più ordinario. In considerazione di questa ultima attività e come corte giudiziaria il *consistorium* era denominato *auditorium principis*, sicchè quando si fa parola di questo non vuolsi intendere un collegio speciale e diverso dal *consistorium* (3). Il consiglio aveva dei membri parte ordinari parte straordinari, che erano chiamati alle sue sedute secondo le occasioni. Erano nel novero dei primi i quattro grandi dignitari detti *illustres*, quindi un numero considerevole di *spectabiles* addimandati *comites consistoriani* o *comites primi ordinis in consistorio.* Quegli *illustres*, che potrebbero esser detti ministri, erano nello stesso tempo i consiglieri proponenti nel *consistorium*, ciascuno per le faccende, ch'entravano nella circonferenza della sua attività.

Il primo di essi era il *quaestor sacri palatii*, che aveva la proposta nelle cose di legislazione e di giustizia, il secondo il *magister officiorum*, sopraintendente di corte, al quale sottostava tutta la servitù imperiale: era pure suo ufficio l' introduzione nelle udienze solenni ch'erano date nel concistoro: fin dal tempo di Arcadio, che limitò i poteri del prefetto pretorio più di quello ch'era stato fatto da Costantino, fu data a lui tutta l' amministrazione postale e del materiale di guerra (4). Il terzo era il *comes sacrarum largitionum*, ministro delle finanze: il quarto il *comes rerum privatarum* addetto all' amministrazione dei beni privati imperiali. Qui cadono in acconcio alcune notizie sull'ordinamento delle finanze in quel tempo.

La distinzione fra fisco ed erario è al tutto mancata in questo tempo: *fiscus* era detta tutta la proprietà dello stato, dalla quale distinguevansi sotto il nome *patrimonium principis* i beni privati dell' imperatore, che consistevano principalmente di vaste estensioni di terre. Le rendite dello stato, alle cui conservazioni ed incremento sopraintendeva il *comes sacrarum largitionum*, provenivano in parte dai beni pubblici e dai dritti fiscale, in parte dalle imposte dirette ed indirette: la diretta era denominata *capitatio* che consisteva principalmente della fondiaria. Per agevolarne l' esecuzione tutta la terra era spartita in *capita*, dei quali ciascuno comprendeva una estensione di terreno pari in valore (sicchè era maggiore o minore secondo il valore di essi). I singoli territori secondo la dichiarazione del proprietario (*professio censualis*), ch'estendevasi a tutto quanto poteva conferire all'aumento dell' imposta (5), erano iscritti in pubblici libri, e questi catasti erano rinnovati in ogni periodo di cinque anni. La somma delle imposte era ordinata particolarmente per ogni anno (maggiore o minore secondo i bisogni), e divisa fra i *capita*. Perciò l' imposta annuale era detta *indictio*: cominciava dal 1 settembre. Questa istituzione fu adoperata altresì per computo di tempo, che molto comodamente era misurato sopra avvenimenti, ch' erano d' una generale importanza per tutti. Il tempo fu distinto in periodi di quindici anni (periodi catastali), ciascuno dei quali conteneva perciò quindici *indictiones*, dalle quali ogni anno fu denominato *indictio.* Quando dunque è detto, che sia avvenuta qualche cosa nella prima *indictio*, intendesi per questa il primo anno d' un tale periodo di quindici anni. A quali

(1) Alla persona del principe riferivasi il servizio di cameriere superiore, *praepositus sacri cubiculi*, e dei due comandanti della guardia del corpo, che da Costantino erano stati sostituiti ai pretoriani, *comites domesticorum, equitum et peditum.* Essi erano *illustres.*

(2) Bethmann-Hollweg op. cit. p. 109. e seg.

(3) Se ne leggano le pruove in Hollweg, op. cit.

(4) Lido; *De magist.* II. 10.

(5) L. 4. *D. de censib.* (50. 15).

veci degli antichi questori provinciali e *procuratores Caesaris*, ed avevano l'amministrazione de le finanze, ed anche la giurisdizione nelle cose fiscali: seguivano infine gli ufficiali per i bisogni del *patrimonium principis*, *rationales rerum privatarum*.

Fu trovato necessario creare un ufficiale medio fra il prefetto pretorio ed i reggenti delle province per facilitare la vigilanza sui reggenti molto lontani dalla residenza del prefetto, ed anche l'appello da essi. Forse pure intendevasi con ciò frenare i poteri del prefetto. Questo ufficiale intermedio era *spectabilis*, la quale qualità da una parte esprime le sue relazioni col prefetto (*illustris*) e dell'altra coi *rectores* delle province (*clarissimi*). A questo fine fu distinto in ogni prefettura un numero maggiore o minore di diocesi, ciascuna delle quali comprendeva molte province. Il nome ordinario del proposto a queste diocesi era *vicarius*, il quale teneva in questo luogo le veci del prefetto, sicchè le sue attività cessavano, quando avveniva che lo stesso prefetto vi era presente. Gli appelli dai giudizi del rettore della provincia erano fatti a questo vicario o ai prefetti colla sola differenza, che le decisioni di questo erano inappellabili, ma da quelle del vicario potevasi appellare all'imperatore. Alcuni *rectores* delle province erano però indipendenti dal potere del vicario, nella cui diocesi sarebbe stata compresa la loro provincia, ossia erano essi stessi *spectabiles*; la medesima cosa avveniva per i proconsoli (1).

Gli ufficiali imperiali erano quelli compresi nella serie, che cominciava col prefetto pretorio, e finiva ai rettori provinciali. A questi seguivano i muncipali che avevano un dritto di amministrazione e di giurisdizione. La costituzione municipale rimase nei suoi elementi essenziali la medesima qual'era nel precedente periodo (2). Le città italiane avevano ancora i loro propri *magistratus*, per i quali questo nome era usato esclusivamente: li avevano pure molte città fuori l'Italia, alle quali per eccezione era stato accomunato un tale privilegio. I magistrati municipali avevano la giurisdizione limitatà sì per la somma, come per la natura di alcuni negozi. Molte persone erano altresì esenti dalla loro giurisdizione, avendo perciò la loro prima istanza presso il rettore della provincia, il quale del resto formava la seconda istanza in quelle faccende, per le quali erano competenti i magistrati municipali. Nella maggior parte delle città dell'impero, che non partecipavano di questa costituzione, mancò fin dalle prime la giurisdizione municipale. Bentosto dopo l'ordinamento della novella amministrazione fu introdotto in tutto o nella maggior parte dell'impero un nuovo ufficio, quello del *defensor civitatis*, o *plebis*, o *loci* (3). Questi *defensores* dovevano essere nominati da tutti i cittadini, e non dai soli decurioni, e non potevano essere scelti fra questi ultimi (4): il loro uffizio consisteva nel patrocinio della città e degl' individui contro le angarie e le ingiustizie degli ufficiali imperiali e dei loro dipendenti (5): lo esercitavano col richiamarsene davanti al rettore provinciale, o davanti all'imperatore o al prefetto pretorio, quando quegli non vi provvedeva, o ne era egli stesso l'autore. Essi esercitavano questo ufficio in tutte le città anche in quelle che avevano i magistrati, e prendevano fra le autorità municipali il primo posto a cagione d'una certa indipendenza dal rettore della provincia. Nelle città senza magistrati essi avevano altresì una limitata giurisdizione al pari di quelli (*iurisdictio contentiosa* fino a 50 *solidi*, Giustiniano elevolla posteriormente fino a 300) e con ciò avevano una doppia autorità, oltre la generale, anche quella dei magistrati (6).

(1) Il proconsolo dell'Asia aveva oltre la sua due altre province sotto di se, il *proconsul Achaiae* soltanto la sua, come il proconsole dell'Africa.

(2) Può leggersi su questo obbietto come per il terzo così per il quarto periodo la citata *storia del dritto romano nel medio evo* di Savigny v. 1. cap. 2.

(3) Prima denominansi *defensores* le medesime persone, che furono dette anche *syndici*, quelle autorità, alle quali era commesso il *munus* di curare i processi della città. In questo significato ne occorre il nome in Ermogeniano ed in Carisio sotto Costantino L. I. §. 2. L. 18. §. 13. *D. de. muner.* (50. 4.)

(4) Sotto l'uno e l'altro rispetto differenziavansi dai magistrati. Giustiniano dichiarò eligibili anche i decurioni con una legge posteriore (*Nov.* 15. *cap.* I.).

(5) A tale scopo vi abbisognavano persone indipendenti dai rettori. Perciò ne erano esclusi i decurioni, e nella medesima legge ne fu pure dichiarato incapace il servizio personale del *rector provinciae* (*cohortalium*) *L.* 2. *C. de defensor.* (1. 55.).

(6) La seconda fu probabilmente aggiunta posteriormente, ma in tutti i casi dopo poco tempo, giacchè una legge del 365, la prima che è pervenuta fino a noi, nella quale si fa parola dell'ufficio dei difensori, riconosce loro già la giurisdizione. *L.* I. *C. de defensoribus.*

In tal modo divenne generale la giurisdizione municipale sottoposta a quella del rettore della provincia, esercitata in Italia, ed in alcune altre città dai *magistratus municipales*, nelle rimanenti dai *difensores*. Essa era principalmente civile, avendo la criminale soltanto in alcuni casi e di poco momento. Quella era parte contenziosa, parte volontaria nel modo sopra osservato. La giurisdizione volontaria era esercitata davanti la curia, essendo legislativamente statuito, quanti decurioni vi dovessero essere presenti, perchè l'atto potesse essere validamente ricevuto dall'uffiziale (1). Molti di tali atti eseguiti davanti le curie, alcuni protocolli sulla formazione ed apertura dei testamenti, alcune donazioni vendite ed altri atti appartenenti a questo o al tempo posteriore ci pervennero originalmente in un modo più o meno compiuto (2).

Savigny ha opinato, che nello stesso modo partecipassero le curie anche alla giurisdizione contenziosa (3), di diversa opinione è Hollweg (4). È indubitato che ciò avvenne sotto il dominio germanico; sicchè resterebbe ad investigare, se si dovesse riportare l'origine d'un tal fatto alla giurisdizione municipale sotto gl'imperatori romani, essendo possibile che nei regni germanici avesse presa una forma più o meno differente dalla originale. Le seguenti considerazioni sulle condizioni di quel tempo sembrano decisive per la partecipazione della curia alla giurisdizione, qualunque fosse stata.

Era stata sempre estranea ai Romani una istituzione collegiale della giurisdizione, ma ebbero pure sempre a cuore, e provvidero, che il potere del magistrato fosse limitato nel suo esercizio. Fra le istituzioni, che tendevano a questo scopo, era l'antico ordine di procedura, secondo il quale la decisione non era ordinariamente fatta da lui, ma egli commettevala ad uno o a più *iudices*, e l'altra, che il magistrato aveva intorno a se un *consilium* di assessori, coi quali, consigliavasi. Quell'antico ordine di cose fu annullato fin dal principio di questo periodo; l'ufficiale di giustizia doveva egli stesso e senza l'intervento del giudice investigare e decidere, dovendo tutti i processi essere trattati *extra ordinem* nel significato antico di questa parola. La seconda istituzione per contrario rimase, che anzi è naturale che avesse presa una forma più determinata, e più conforme alla tendenza generale di questo tempo, essendo restata la sola di quelle due sicurezze contro l'esercizio della giurisdizione. L'imperatore aveva una corte giudiziaria nel suo concistoro, un'altra assisteva parimente il prefetto pretorio, i *rectores* avevano degli assessori, che nominati da loro erano però pagati dallo stato.

Importava allo stesso magistrato avere un tale o più assessori, giacchè egli ne veniva aiutato nell'esercizio delle sue occupazioni, rimettendo loro la formazione degli scritti ed altre simili faccende, sicchè un inerte magistrato potevasi bene riposare sopra un intelligente assessore (5).

In questo tempo si richiese pure negli stessi magistrati la conoscenza del dritto; il che non avveniva nei tempi anteriori (6): sebbene molti abbisognassero tuttavia del consiglio d'un valente giurisperito, e perciò erano molto ricercati gli assessori intelligenti. Ma non fu il solo vantaggio o bisogno dei magistrati, che fu causa, che l'istituzione degli assessori fosse considerata come pubblica, e si stabilisse per essi un onorario. Certo non era rimesso al semplice arbitrio del magistrato, s'egli dovesse avere degli assessori, farli intervenire nell'ammistrazione della giustizia, e richiederne il loro parere, sebbene non si deviasse tanto dal principio tradizionale della unità del potere da dare agli assessori un voto decisivo, e da introdurre in tal modo un vero collegio giudiziario. Ma qual ordine seguivasi per i magistrati municipali? dovevano questi i soli fra tutti gli altri ufficiali di giustizia amministrarla senza l'intervento di altre per-

(1) Per l'iscrizione d'un fatto giuridico nel protocollo *(confectio gestorum)* era necessaria la presenza almeno di tre curiali oltre il magistrato e lo scrivano *(exceptor)* *L.* 151. *C. Th. de decur.* (12. 1.).

(2) Una ricca collezione di simiglianti documenti fu fatta da Marini. *I papiri diplomatici raccolti ed illustrati* Rom. 1805. Savigny, *stor.* ecc. I. p. 3. Da questa ed altre ha formata Spangeberg la sua raccolta già citata.

(3) Savigny, op. cit. §. 26.

(4) Bettmann-Holleveg, op. cit. p. 130.

(5) Gli assessori ricevevano ordinariamente oltre l'onorario pubblico un altro particolare dal magistrato.

(6) Alessandro statuì, che gl'impiegati dovessero comprendere quello, a cui erano proposti, dovendosi preferire quelli, che potessero essi stessi esercitare il loro ufficio, e non abbisognassero di assessori, sebbene volesse che questi fossero pagati dallo stato. Lamprid. *Ales.* 46. Posteriormente l'assessura divenne una via ordinaria per la magistratura. Bethmann-Holleveg op. cit. p. 156.

sone, rimettendola al tutto al loro arbitrio? Questo non sembra concepibile. Dall' altra parte in nessun luogo è detto, che fossero loro associati degli assessori (1). Potrebbesi ciò conciliare nel modo più semplice, quando si ritenesse, che i magistrati esercitavano il loro ufficio davanti la curia, ed in questa servendo loro di consiglieri i curiali, di cui almeno una parte doveva esser presente. È indubitato, che ciò dovette avvenire per la giurisdizione volontaria; e secondo il già detto sarebbe molto strano, quando non si fosse seguito il medesimo ordine per la contenziosa. Infine noi abbiamo il medesimo risultato prendendo a considerare le notizie, che ci pervennero sul luogo, dove esercitavasi la giustizia: nei tempi più antichi ciò avveniva sul pubblico mercato, e quindi colla più grande pubblicità. Fin dal terzo periodo cominciossi a preferire luoghi più reconditi, sebbene fosse libero l'accesso al popolo. In questo tempo, addivenne un tale uso sempre più ordinario finchè rimase il solo modo di esercitare la giustizia. Soltanto nei tempi posteriori fu anche limitato l'accesso alle persone non interessate, ammettendovisi i soli *honorati*, ossia coloro che servivano, o avevano servito lo stato. Sicchè nelle città cessando l'uso del mercato, il luogo più acconcio era quello della casa del consiglio, e l'immediato rappresentante del popolo per la publicità dei giudizi era la curia. Così si venne naturalmente a provvedere al bisogno ed alla mancanza dell'intervento degli assessori nel modo indicato, e che non arrecava nello stesso tempo alcun dispendio.

La partecipazione alla giurisdizione era il lato più brillante della vita pubblica municipale: sotto qualunque altro rispetto era questa oltre ogni dire oppressiva e lacrimevole. Queste corporazioni sì nel loro insieme come nei loro membri portavano mediatamente o immediatamente quasi tutto il peso dello stato, stantechè tutto l'impero era diviso in territori comunali; fra città e campagne non eravi ancora alcuna distinzione politica: e le prime non erano come al presente soltanto uno dei membri, dei quali si compone lo stato. Per mezzo delle città trasmettevansi le pretensioni, che lo stato aveva sui suoi sudditi; i magistrati di queste erano gl'istrumenti del governo, e dovevano provvedere all' attuazione di quelle pretensioni. Dall'altra parte anche i bisogni municipali richiedevano non poco consumo di denaro e di forze. La città era amministrata dai suoi ufficiali e dal consiglio comunale, *decuriones* o *curiales*: questi ultimi erano obbligati a fare il servizio pubblico parte dispendioso parte faticante, accettare le dignità, *honores*, gl' innumerevoli piccoli *munera*, che riferivansi sì alle faccende comunali, come alla summentovata dipendenza della città dal governo (2): essendo questa la sola condizione che rendeva possibile l'amministrazione degli ufficiali diretti dello stato sopra un sì vasto territorio, qual'era quello d'una provincia. Già i servizi personali erano un peso gravoso, al quale era forza ad ogni decurione successivamente sobbarcarsi, finchè avendo infine esaurito l'immenso catalogo di essi vedevasi libero: ma questo peso diveniva opprimente, quando per casi fortuiti il numero dei decurioni trovavasi ridotto a poco, potendo anche essere insopportabile, inquantochè esponeva il cittadino all'arbitrio del rettore della provincia, o alla insolenza dei suoi dipendenti. Queste gravezze crebbero per le limitazioni legislative apposte alla dimora dei decurioni cagionate dai tentativi di sottrarsi a quelle viaggiando (3). A ciò aggiungevansi altresì le più incredibili vessazioni pecuniarie. Le città erano obbligate alla esazione dell' imposta, di cui era stato gravato il loro territorio, ed a riempierne i vuoti. Finchè eravi bastante denaro comunale per soddisfare a queste esigenze ed anche ai bisogni del comune, la legge e la perdita non colpiva gl' individui: ma questo dovevasi infine esaurire in un governo prodigo, maggiormente quando aggiungevansi delle calamità pubbliche, per le quali peggiorava la condizione del comune e degl' individui, e crescevano le partite inesigibili. I decurioni, come amministratori della cassa pubblica non erano perciò esentati dal pagare dovendo provvedere coi mezzi propri a quello che mancava alla cassa pubblica. S'aggiunse per essi il

(1) Papiniano, L. 6 D. *de off. assessor.* (1. 22.) parla d'un *consilium curator reipublicae*, del magistrato addetto all' amministrazione dei beni comunali, al quale si riconosceva altresì una giurisdizione (L. 2. C. *de sent. quae sine certa quant.* 7. 47.), e che non dovesse giudicarsi questo *consilium* coi principii, che valevano per gli assessori, e particolarmente non valeva per esso la regola, che niuno potesse essere assessore nella sua patria.

(2) Gotofredo, *Ad. Cod. Theod.* XII. I. *de decurionibus.*

(3) Per esempio, per effetto d' una devastazione d' un territorio a causa di guerra L. 177. *C. Th. de decurion* (12. 1). Nella citata Novella: *quia publico infortunio ad paucos reductus est ordinum numerus.*

novello obbligo di prendere a se i terreni, che i proprietari abbandonavano a causa della impossibilità di pagare le imposte. Questi pesi duravano, finchè anche l' individuo ne era rovinato, e niente altro rimaneva a sottrargli, o pure trovava mezzi di salvarsi con gli avanzi della sua fortuna dalla voragine, che tutto inghiottiva. Che le cariche municipali ed il decurionato non fossero più un obbietto di desiderio, è spiegato dal già detto: in molte città il numero dei decurioni minorò talmente a danno dei rimanenti, che ne venivano maggiormente gravati, ed anche del governo, che non voleva e non poteva rinunziare al suo sistema, che sulle prime cercossi provvedere chiamandovi i figli di famiglia, o facendone un modo di espiazione di pena per gli uomini facinorosi: ma la ripugnanza verso simili uffici divenne sempre più generale e maggiore, e la legislazione lo manifesta colle ricompense date a coloro che liberamente vi aderivano, e col rendere più rigoroso l'obbligo ereditario di far parte del decurionato, col limitare le esenzioni, coi mezzi, coi quali si tiravano i fuggitivi dal clero, dalla milizia dal colonato, e dai deserti, in cui si nascondevano per ricondurli forzosamente nella curia. Noi non troviamo, che queste leggi avessero prodotto il frutto, che se ne attendeva, e che non potevasi sperare. In una legge dell'anno 556 (*Nov.* 38) Giustiniano dichiara, che le curie erano quasi mancate nelle città del suo impero, ed egualmente dissipati i beni comunali non ostante i dritti, ch'erano stati riconosciuti alla curia sulle eredità dei curiali. Nè vogliensi fare di ciò le meraviglie, giacchè i curiali avevano tanto poco amore per la propria città, che preferivano piuttosto dare ad altri la loro proprietà che lasciarla alla curia; ed il loro ostile sentimento contro la patria ed il fisco andava tanto oltre, che si astenevano dai matrimoni per non avere successori al decurionato. Lido ci racconta, che l'antica costituzione delle curie nelle città erasi estinta di fatto, e che sotto Anastasio uomo finanziero fu necessario servirsi per l'esaziono delle imposte di altre persone dette *vindices*, le quali operarono nelle città peggio che nemici (1). Da queste condizioni bisogna naturalmente fare eccezione per il numero per altro non importante delle città, che avevano il *ius italicum*, a causa della loro esenzione dalle imposte. Del resto una tale decadenza dell'amministrazione municipale non ebbe alcuna forza sull'amministrazione della giustizia, giacchè dove or si adempiva dai duumviri, ossia nelle città di dritto italico, le cause della decadenza non furono tanto forti, e nelle altre vi davano opera i *defensores*, la cui esistenza era indipendente dalla durata della costituzione delle curie. Con ciò verrebbe confermata l' opinione, che la costituzione duumvirale non fu così generale, come molti opinarono (2).

Le città capitali.

§. CXXIII.

Le due città capitali Roma e Costantinopoli non furono comprese nella descritta divisione dell' impero in prefetture, diocesi, e province. Ciascuna di esse era soggetta ad un *praefectus urbi*, *illustris*, ossia dipendente soltanto dall' imperatore. Egli era il *iudex* ordinario della città concorrendo con lui in questa giurisdizione di prima istanza alcuni ufficiali d'un grado inferiore, che ne dipendevano, e dai giudizi dei quali appellavasi a lui. Erano comprese nella giurisdizione di Roma le quattro province limitrofe (*regiones suburbicariae*), alla distanza di cento miglia (*intra centesimum miliarium*) che del resto a simiglianza delle altre province avevano giudici particolari di prima istanza. Così erano parimenti soggette al prefetto di Costantinopoli, che dal 359 esercitò i medesimi uffici come quello di Roma, alcune province, sebbene non fossero propriamente nel giro della città. Prima che Costantinopoli avesse un prefetto, aveva la stessa costituzione di qualunque altra città che aveva lo *ius italicum* ossia la curia o il senato e magistrati propri (probabilmente detti *proconsules*), sebbene ne avessero una maggiore autorità, che in qualunque altra città. Ma anche in Roma il senato ed i magistrati repubblicani, finchè rimasero, furono umiliati alla condizione di magistrature civili, avendo perduta l'antica autorità generale per tutto l' impero. I senati delle due città capitali non erano essenzialmente differenti dalle curie delle altre, fatta eccezione della qualità di senati delle città capitali, benchè la loro indipendenza dal reggimento degli ufficiali provinciali vi producesse delle differenze, che non erano certo di poco momento. I senatori avevano il

(1) Lido, *De magistr.* I. 28. III. 46. 49.

(2) Walter per contrario senza alcuna ragione ed in opposizione della legislazione giustinianea opina, che nel quarto secolo avessero essi perduta la giurisdizione contenziosa.

titolo di *clarissimi*, ed altre distintive onorevoli, ma erano altresì gravati di obblighi alquanto gravosi, sebbene sotto un tale rispetto la loro condizione non fosse così disperata come quella dei decemviri municipali. Uno di questi obblighi era l'elezione annua di un numero di pretori colle antiche denominazioni (*urbanus*, *peregrinus*, *tutelaris*) il quale uso fu accomunato anche a Costantinopoli (colle denominazioni speciali *praetor constantinianus fluvialis triumphalis*) variando il loro numero da tre fino ad otto. Stante il novello ufficio del prefetto della città era impossibile che i pretori conservassero la loro antica importanza, potendo solo avere una giurisdizione simile a quella dei magistrati municipali, e ciò avvenne realmente. Ma l'obbligo principale di questo uffizio, e per cui riusciva tanto grave sì per gl' individui, come per il senato, era quello di dare dei pubblici giuochi a proprie spese, essendo a tal fine legislativamente fissata la somma da spendersi; spese ancor maggiori si associavano alla dignità d'un console (1), che il senato doveva successivamente scegliere, essendovi sempre due consoli, dai quali denominavasi l'anno, *consules ordinarii* in opposizione degli *honorarii*, a cui l'imperatore dava la dignità personale di console, la quale era superiore a quella del prefetto pretorio. Sotto Giustiniano più volte non fuvvene alcuna elezione, essendo gli anni indicati coll'ultimo passato consolato (2): dopo il 541, in cui fu console Belisario, non fu nominato sotto Giustiniano alcun altro console, essendo perciò i seguenti anni indicati coll'espressione; *post consulatum Basilii*.

Il senato di Roma, e ciò fu accomunato anche a quello di Costantinopoli, aveva una importanza alquanto più generale, inquantochè in esso come rappresentante di tutto il popolo erano pubblicate le leggi da un console, che ne era il sopraintendente. Abbiamo un protocollo sopra un consesso nel quale fu fatta pubblica una costituzione riguardante il codice teodosiano. In questo protocollo sono attentamente notati i detti dei senatori, che erano parte acclamazioni, parte singole sentenze, osservandovisi quanti voti si ebbe la legge. Queste sentenze esprimevano alcune volte dei complimenti all' imperatore ed al console proponente, altre volte dei desiderii, che erano manifestati in questa occasione. Fu una passaggiera fantasia quella espressa in una legge dagl' imperatori Teodosio e Valentiniano, ch' era loro volontà che per l'avvenire tutte le leggi generali dovessero essere prese in considerazione non solamente nel concistoro, ma anche nel senato (3): non abbiamo alcuna pruova, che questa loro determinazione legislativa avesse avuta durevoli conseseguenze.

Ufficiali per l' amministrazione militare.

§. CXXIV.

Nell' amministrazione militare erano *illustres* i *magistri militum* (*peditum et equitum*): dopo Costantino furono cinque in Oriente, dei quali due s'intrattenevano nella corte dell'imperatore (l' uno per i pedoni, l'altro per la cavalleria); questi addimandavansi *in praesenti* o *praesentales*, i rimanenti erano proposti ai distretti di Oriente della Tracia, e dell' Illiria: in Occidente erano tre, dei quali due *praesentales*. A questi obbedivano i *duces* o *comites* (titoli, che indicano soltanto una differenza di grado, e non di ufficio.) *spectabiles*, ciascuno per ogni distretto speciale, e comandante di quella parte delle milizie, ch'eragli assegnata. Queste autorità militari avevano una giurisdizione non solamente per i delitti dei soldati relativi alla milizia ma anche per quelli di tutt'altra ragione, avendo parimenti la giurisdizione civile nelle faccende, nelle quali il soldato era convenuto, per applicazione del principio generale, che coloro, che erano *sub dispositione* di un' autorità, avevano il loro *forum* presso di questa. Una legge del 416 (*L.* 2. *C. de off. mil. ind.* 1 16) vietò con gravi pene, che i soldati come attori chiamassero l'altra parte avanti al giudice militare, e che questi estendessero in tal modo la loro giurisdizione in vantaggio dei loro dipendenti.

(1) Gl'imperatori furono molte volte obbligati a limitare le spese ingenti, che per giuochi ed altre occasioni erano divenute di uso nel prender possesso del consolato. Giustiniano Nov. 105 (an. 636).

(2) 531: *post consulatum Lampadii et Orestis*, che furono consoli nel 530: 532: *post cons. Lamp. et Ores.* II. 536: *post consul. Belisarii*, che fu console nel 535: 537 *post cons. Bel.* II.

(3) 8. C. *de legib.* (1. 14).

Giurisdizione ecclesiastica.

§. CXXV.

Se in tal modo la divisione del potere civile e militare produsse una differenza di giurisdizione, che non era esercitata dalle autorità civili, una simigliante anomalia originossi per la condizione speciale della chiesa nello stato romano, la quale fatta pure astrazione dei fatti particolari, che la favorirono, non ha in questa occasione nulla di straordinario. Costantino prima che avesse compiutamente ordinata l'amministrazione pubblica nel modo sopra descritto pubblicò una legge dettatagli dalla diffidenza, che aveva degli ufficiali civili di quel tempo, e dal rispetto che ispiravagli il clero. Paragonando l'amministrazione della giustizia, quale era esercitata da una gran parte delle autorità di quel tempo col modo tanto imparziale ed ispirante fiducia, che i vescovi seguendo la sentenza dell'Apostolo (I. *Cor.* 6. 1. 6) tenevano nell'adempire il loro ufficio di arbitri fra i credenti, credette utile sanzionarlo legislativamente, e dare ad esso una maggiore estensione. Con una legge ordinò non solamente, che una sentenza vescovile sopra qualunque negozio civile giudiziario non potesse essere opposta con qualunque siasi mezzo ordinario o straordinario (1), e che dovessero essere eseguite dalle autorità temporali, ma che ogni persona complicata in una quistione giudiziaria potesse anche contro la volontà della parte opposta, richiamarsi della lite davanti al vescovo, non essendo perciò necessario un compromesso per renderne questo competente (2). Ma poichè lo stato si ebbe un novello ordinamento da questo imperatore, potrebbe parer dubbio, se quella legge avesse continuata ad avere un'applicazione. Un tale dubbio viene rimosso da Costantino con una seconda legge, nella quale sulla richiesta d'un prefetto conferma la precedente (*salubri rursus imperio*), e ripete nello stesso tempo le precedenti disposizioni legislative, che noi conosciamo da questa novella legge. Gl'imperatori posteriori l'annullarono, certo non senza che vi avessero data occasione gli stessi vescovi. Arcadio ed Onorio ordinarono nel 398 e 399, che i vescovi dovessero poter giudicare nelle cose civili solamente in conseguenza d'un compromesso (3); in caso contrario soltanto *de religione*, ossia sopra i trascorsi religiosi (4). Se queste limitazioni della giurisdizione vescovile tornarono realmente a vantaggio della chiesa, fu pure dall'altra parte in favore di questa e della conservazione della disciplina, che Giustiniano dette ai vescovi la giurisdizione civile sugli ecclesiastici, quando questi erano gli accusati: questo era pure conforme allo spirito dell'ordine temporale, secondo cui gli ufficiali avevano il loro foro presso le autorità, dalle quali dipendevano (5).

Ufficiali subalterni.

§. CXXVI.

I mentovati ufficiali pubblici avevano un numeroso servizio personale, del quale valevansi nell'adempimento dei loro uffici (6). Questi *officia*, come erano detti, furono sulle prime formati dai soldati, che erano posti a disposizione degli ufficiali: ma quando fu attuata sotto Costantino la divisione fra l'amministrazione civile e la militare, ciò avvenne soltanto per le *dignitates militares*, per le rimanenti gli *officia* erano composti di persone civili, sebbene l'istituzione conservasse anche per queste un carattere militare. È perciò che gli officiali erano anche in questo tempo denominati *milites cohortales* ecc: il loro servizio

(1) Nè anche dunque colla *in integrum restitutio:* vi si riferiscono le seguenti parole della legge; *sine aliqua aetatis discretione — sive itaque inter minores sive inter maiores.*

(2) Ciò fu permesso non solamente in principio della procedura, ma in tutto il corso di questa fino alla sentenza. Le parole: *cum iam coeperit promi sententia* esprimono l'ultimo momento della procedura anteriore alla esistenza della sentenza, e non come si è opinato, la sentenza già data, dalla quale si appellasse al vescovo. In nessun luogo si fa parola d'una istanza di appello riconosciuta ai vescovi, non sarebbe pure concepibile senza dare a questi un posto nella *scala* delle autorità temporali.

(3) *L.* 7. *C. de episc. aud.* (1. 4.).

(4) *L.* 1. *C. Th. de religione* (16. 11) Queste leggi furono novellamente confermate da una legge di Valentiniano III del 452: *Nov. Val. tit.* 34. *de episc. iudicio.*

(5) *Nov.* 79. 83. Per contrario fu nello spirito di quella legge costantiniana, che Giustiniano (*Nov.* 86. C. 4) dette ai vescovi la giurisdizione nelle quistioni fra i reggenti provinciali ed i sudditi.

(6) Il solo *quaestor sacri palatio* non aveva alcuno speciale *officium*: invece di questo gli servivano i summentovati imperiali *scrinia.*

fu detto *militia*, *cohortalis militia* (differente dalla *militia armata* o *legionaria*), ed anche i singoli posti negli ufficii prendevano in massima parte il loro nome dalle cariche militari (1). Gli ufficiali di corte erano addimandati *palatini*, quelli dell'amministrazione civile variamente secondo le diversità delle cariche, quelli del prefetto *praefectiani*, del *rector provinciae cohortales*, variando il grado di questi ufficiali a seconda di quello dei loro superiori. Il numero dei primi era legislativamente fissato per ciascuno di questi ultimi, ma non limitato al necessario bisogno: per i *clarissimi* ammontava a 100, per i *spectabiles* a 300 fino a 600. Giustiniano lo ridusse moltissimo con grande cordoglio della folla aspirantevi, che si pressava intorno a queste cariche poco gravose e molto lucrative (2). Negli *officia* primeggiavano sugli altri quelli che più immediatamente invigilavano sulle faccende alle quali erano addetti, ed erano di doppia specie: alcuni curavano i negozi più generali; ed erano questi i tre principali, detti particolarmente *primates officii*, il *princeps officii*, il *cornicularius*, l' *adiutor* o *primiscrinius*; altri quelli più particolari, ch'entravano nelle loro attribuzioni: di questi crediamo utile singolarmente nominare soltanto quelli addetti all' amministrazione della giustizia, il *commentariensis*, il sotto uffiziale per la giurisdizione criminale, e quello *ab actis*, che prestava il suo servizio nell' amministrazione della giustizia civile. Ciascuno di questi aveva degli assistenti, *adiutores*, che componevano il suo *scrinium*, ed inoltre dei servi per i servizii inferiori, e che non richiedevano alcuna capacità intellettuale. Tutti questi formavano il vero *officium*, ed avevano un salario.

Nomina degli ufficiali pubblici (3).

§. CXXVII.

Tutti gli ufficiali pubblici erano nominati dagl' imperatori non solamente per le *dignitates*, ma anche per le *militiae*, senonchè per queste l' imperatore limitavasi a nominare l' uffiziale superiore per l' *officium* rimettendo a lui l'elezione per i posti inferiori. La patente della nomina era detta per le dignità *codicilli dignitatis*, e questa era nello stesso tempo iscritta nel *laterculum* (libro dello stato); durava per un anno potendo essere però prolungata per grazia imperiale: che anzi anche i prefetti pretorii, ch' erano nominati senza indicazione del termine del loro ufficio, lo esercitavano ordinariamente per un solo anno. Non di rado concedevansi delle *dignitates* senza amministrazione, ossia senza la realtà pratica: questa concessione era detta *dignitas honoraria*, il diploma *codicilli honorarii*. Una tale dignità senza amministrazione avevasi parimenti da coloro, che avevano occupata una carica, e cessando da questa ne conservavano gli onori. Questi erano detti *vacantes* in opposizione degli altri, che officiavano realmente (*in actu positi*). La loro condizione differenziavasi da quella di tutti gli altri, che non avevano avuto mai alcun impiego, giacchè la loro non ingerenza nel servizio attivo poteva essere considerata soltanto come temporanea, potendo essere chiamati dall' imperatore particolarmente per adempire alcune bisogne straordinarie. Nondimeno anche i *codicilli honorarii* non di rado ebbero senza dubbio l' importanza, di chiamare nei bisogni straordinari al servizio pubblico una persona, la quale non voleva forse esercitare un ufficio ordinario dello stato.

Per gl' impiegati agli *ufficia* le patenti di nomina erano dette *probatoriae*, i nominati venivano iscritti in una *matricola*. Per molte cariche oltre gli emolumenti alla cancelleria imperiale dovevasi pagare al precedente possessore o al suo erede un determinato prezzo vario a seconda della diversità delle cariche (4); in tal modo non di rado la prima causa della nomina era l'accordo fra il possessore ed il candidato, e quelle *militiae* entrarono sotto un certo rispetto nella categoria degli obbietti ereditari o vendibili, dico sotto un certo rispetto, giacchè quando parlasi a tal proposito di *militia* non si accenna con questa parola all' ufficio, ma alla somma, che il successore doveva pagare al suo predecessore (5).

(1) Per esempio, il *princeps officii* il *cornicularius*, l' *adiutor*.

(2) Giovanni Lido, *de magist.* III. 27, racconta, che benchè occupasse un posto inferiore nell' *officium* d' un prefetto, pure aveva guadagnato oltre l'onorario fisso non meno di 1000 *aurei* in un anno per *sportulae*.

(3) Una esposizione lunga e chiara della qualità degli *officia* e delle loro differenti attività ci è data da Bethmann. Hollweg, *Manuale* I. §. 15. p. 160 — 195.

(4) *L.* 30. §. 2. *C. de inoff. test.* (3. 28).

(5) *L.* 10. *C. Th. de cohortalib.* (8. 4.) parla di *stationes*, che sarebbero spettate al *princeps officii*, o al *cornicularius*, e ch' essi avrebbero potuto rilasciare ai loro *adiutores* per un determinato prezzo. Sarebbero

L'amministrazione dello stato, quale fu da noi descritta, viene alquanto chiarita da alcuni documenti officiali delle autorità imperiali, i quali ci pervennero in manoscritto. Il più importante di essi è la *notitia dignitatum et administrationum omnium tam civilium quam militarium in partibus Orientis et Occidentis*, che probabilmente fu composta nel principio del quinto secolo (1). Essa numera distintamente per le due parti del regno gli ufficiali imperiali (dignità della corte, civili e militari) colla indicazione delle loro particolari occupazioni, colla osservazione s'essi erano *illustres spectabiles* o *clarissimi* colla designazione delle loro insegne, e delineazione della circonferenza della loro attività, dei loro subalterni, delle parti del regno, alle quali estendevasi il loro potere (*sub dispositione*); infine per la parte orientale del regno è detto se alcuno abbia *evectiones annuales* e quante, ossia in qual misura potesse servirsi della posta dello stato (*cursus publicus* (2).

Simiglianti *notiae* occorrono nella legislazione giustinianea sì per l'amministrazione civile e militare della novella prefettura dell'Africa con indicazione dei soldi (3), come pure sebbene con altri nomi, per altre parti del regno (4).

Il dritto e la legislazione

§. CXXVIII.

Il totale cambiamento, che in questo tempo avvenne nelle condizioni pubbliche dello stato e del popolo, non rimase senza effetti decisivi sul dritto. Per quanto fosse vasto l'impero romano, e svariate le nazioni che comprendeva, nondimeno la nazionalità romana ed italiana aveva avuto nei tempi anteriori il predominio nelle cose pubbliche. Un tale predominio era ora mancato, o continuava soltanto nelle istituzioni ch'erano una tradizione del passato, e particolarmente nel dritto, che il precedente periodo aveva trasmesso al presente.

Al novello impero romano, in cui non primeggiavano più Roma e l'Italia, ma ne formavano soltanto un membro subordinato, il dritto romano fatta astrazione dalla sua particolare importanza per quelle parti, era estraneo al pari, che ai popoli germanici, dai quale fu adottato nei tempi posteriori. Giacchè fu uno strano capriccio, se quegli asiatici, greci, illirici, africani denominaronsi romani, riannodando i loro stati coll'antico stato romano, ed appropriandosi un passato, ch'era in verità tanto estraneo loro, quanto agli altri barbari.

Nel dritto romano, qual'era stato svolto dai giureconsulti del terzo periodo, eravi un elemento generale, che avvenivasi alle più svariate nazionalità, purchè avessero avuto un certo grado di civiltà. Dall'altra parte esso conteneva ancora molte specialità nazionali romane, ch'erano innate e proprie per i romani, e riuscivano poco acconce ed anche oppressive per le altre nazioni, come ci riesce un abito tagliato per il corpo di un'altra persona. Rimuovere successivamente queste specialità fu il principale obbietto dello svolgimento del dritto in questo periodo.

Nei più antichi tempi fu esclusivamente predominante in Roma il *ius civile*, al quale associossi nel secondo periodo l'elemento più generale del *ius gentium*, piuttosto come tollerato, manifestandosi una tale sua dipendenza per la posizione subordinata dell'organo, in cui si svolse, dell'editto pretorio. Per opera dei giureconsulti romani il *ius gentium* pareggiò il dritto civile: per essi la *ratio naturalis* è un principio potente al pari della *civilis*, ed in questo pareggiamento dei due principii si ripone la perfezione del dritto romano come romano. Sotto i governi e popoli, che continuarono nel quarto periodo l'impero di Roma, ed accettarono l'eredità del popolo romano, era

queste alcune cariche accessorie con proventi speciali e per le quali non era nominato alcun uffiziale particolare, ma uno di quelli esistenti per l'*officium*, ossia per le faccende generali. Non era dunque un vero ufficio, che vendevasi, ma una semplice occasione di guadagnare qualche cosa certo coll'obbligo di adempire quello, che vi era connesso.

(1) Böcking sulla *Notitia dignitatum utriusque imperii* 1834.

(2) Questa *notitia* fu stampata molte volte: la migliore edizione è quella di Pancirolo (prima in Ven. 1539. ristampata molte altre volte, anche in *Graevii thes. antiquit. rom.* tom. VII.): ma la più eccellente sì per il testo, come per il commentario è quella di Böcking, della quale è pubblicata la prima parte: *Not. dign. in part. Orientis* 1839, e della seconda *Not. dign. in partib. Occidentis* 1840 il solo testo.

(3) L. 1. §. 8. L. 2. §. 19. 20. *C. de off. pr. Afr.* (1. 27.) veg. Bethmann, Hollweg, op. cit. p. 171.

(4) *Nov.* 24-31. Una notizia di simile natura è contenuta nella *Nov.* 8. e particolarmente una indicazione delle tasse, che dovevansi pagare per ogni nomina.

necessario che l'elemento generale, che era la causa della continuazione del dritto romano al di là della vita della nazione in cui erasi generato, divenisse predominante, e che quello strettamente nazionale successivamente mancasse. Questo si appalesa con la più grande evidenza dalle forme giuridiche, manifestazione la più sensibile dello spirito del popolo romano, dalla mancipazione, dalla *in iure cessio* ecc. che avevano occupato un posto tanto importante nel più antico dritto, e che furono sostituite da forme più generali, e non proprie di alcuna nazione. Le antiche differenze di classe, dei *cives*, *latini*, *peregrini* dileguandosi, la distinzione fra il dritto civile e quello delle genti cessò di avere alcuna espressione pratica. Dovechè per dritto primitivo le relazioni giuridiche avevano avuta una doppia forma secondo l'uno o l'altro elemento, al presente potevasi originare una istituzione semplice, che comprendendoli in se entrambi doveva essere formata sui principii, ch'emanano dall'elemento generale.

Tra i fatti, ebbero un grande potere sul dritto di quel tempo, si novera il cristianesimo, che non ebbe minor forza sui rapporti pubblici. Fu negata una tale forza del cristianesimo sullo svolgimento del dritto di questo periodo, o almeno si volle considerarla come poco importante, o limitarla ad alcuni particolari. Una tale opinione originossi, perchè fu posto mente soltanto ad alcune specialità, e fra queste a sole quelle, di cui opinossi, che avrebbero dovuto prendere un'altra forma, quando il cristianesimo avesse esercitata realmente una tale forza, come per esempio la schiavitù, la cui durata era in contradizione collo spirito del cristianesimo. Per concepire la verità su questa materia fa d'uopo riflettere al potere che ha una religione viva, e realmente agitante lo spirito umano, e non morta o semplicemente insinuantesi in deserte tradizioni. Che il cristianesimo avesse avuto un tal potere, chi potrebbe negarlo in opposizione degl'immensi effetti ch'esso produsse, o essere sì limitato di spirito o pertinace da guardare ai fatti accessori e fenomenici anzichè alle vere cause? Esso ispirò nuovi pensieri nell'umanità, destò nei dotti novelle idee, richiamò alla loro coscienza problemi, e fecondò investigazioni d'una profondità, che fin dal tempo di Platone era divenuta al tutto estranea ai filosofi: fu potente anche sui popoli, e dette alla loro vita una novella direzione. Nè lo spirito umano è d'una natura tanto meccanica, che quello che pone in concitato movimento una parte di esso (sia pure la più nobile) potesse rimanere senza forza sulle altre: è inconcepibile che le tendenze religiose dei popoli non modificassero le loro opinioni giuridiche. Certo gli effetti d'una tale azione sono vari e consenzienti alla misura della forza spirituale, che la natura ha data o lasciata agli uomini, sui quali è esercitata: ma non perciò ci è lecito negare una tale potenza, sol perchè nelle condizioni giuridiche di quel tempo non abbia prodotte conseguenze manifeste ed al primo colpo d'occhio visibili.

I legislatori non furono meno mossi dalle idee cristiane come da una potenza invisibile, sebbene fra le loro mani deboli ed incapaci avesse questa prodotti degli effetti, che lasciano appena intravedere la loro origine, sia pure che la forza delle abitudini, il calcolo dell'egoismo, o l'ostacolo di un stato di cose tradizionale non avesse loro permesso di raggiungere lo scopo. Quegl'impulsi sovente pure non avvertiti da essi si manifestano nel principio dell'equità altrimenti applicato da essi da quello che lo fosse stato dai giureconsulti classici, che si appalesa nelle loro leggi e non può sconoscersi in molte materie speciali, come nelle loro dottrine sulla schiavitù, sul colonato, sulla proprietà, sul matrimonio, sul concubinato, sulla patria potestà e sul dritto di successione; il che non potrà negarsi, particolarmente quando si prenda in considerazione la materia, sulla quale il cristianesimo aveva qui ad operare.

Noverando le cause delle innovazioni avvenute nel dritto deesi infine tener conto della mutata costituzione. Da questa procedette il cambiamento dell'ordine giudiziario, e quindi della procedura, ed a ciò si connettono non poche modificazioni del dritto privato.

In tal modo le mutate condizioni della nazionalità, il potere della novella religione ed il cambiamento dello stato e dell'amministrazione produssero necessariamente molte innovazioni nel dritto. Ma per quali organi furono queste attuate, e furono prodotti i novelli principii, che originaronsi in questo periodo? Noi vogliamo prendere in considerazione le diverse fonti, dalle quali avrebbesi potuto attendere una tale attività.

Potremmo volgerci avanti tutto all'azione immediata del convincimento nazionale. Noi non intendiamo parlare di quella forza, che lo spirito d'un popolo esercita mediatamente sugli altri organi onde si origina il dritto, e particolarmente sulla legislazione. Il legislatore ed i suoi consiglie-

ri sono sempre soggetti a questa forza alla quale sono esposti come membri di una nazione: le opinioni, ch'essi depongono nelle leggi potranno sempre ed in gran parte essere dedotte dalla loro nazionalità. L'attività immediata però è quella, per mezzo della quale possono originarsi dei principii di dritto, ch'emanino direttamente dal convincimento popolare, e col solo soccorso di quei mezzi naturali, ch'essa ha per farsi riconoscere. Facciamo astrazione da questi mezzi, e non consideriamo fino a qual punto le condizioni di quel tempo li permettessero (sebbene non potesse negarsi la possibilità d'una pratica comune particolarmente nei giudizi) : ma cosa dobbiamo dire della prima condizione d' ogni dritto consuetudinario, d' un convincimento comune ? L'impero romano componevasi di molte svariate nazioni, delle quali niuna aveva più il primato sulle altre, sicchè una opinione giuridica di questa potesse valere come dritto comune. Qualche cosa avevano pure di comune tutti questi popoli, e si era di non essere Romani, e di ripugnare a tutto quanto era individualmente romano, particolarmente alle speciali istituzioni esterne, che avevano una tale indole. Sicchè questa fonte del dritto ebbe l'effetto negativo, che molti principii giuridici caddero generalmente in disuso. Per poter creare qualche cosa di positivo e di generale per tutto l'impero, la connessione, ch'esisteva fra tutti questi popoli, era troppo vasta e larga e quindi molto poco energica. Così per esempio venne da per tutto in disuso l'osservanza delle antiche romane solennità testamentarie, ma quelle che avrebbero dovuto sostituirle, sarebbero state molto varie nelle diverse contrade, quando avessero dovuto esser determinate esclusivamente dal convincimento spontaneo di ciascun popolo. Lo svolgimento del dritto abbandonato a questa fonte si sarebbe smembrato in tanti dritti particolari. E certo molte specialità di dritto generaronsi in questo modo ed in quel tempo, per esempio in Italia in opposizione delle altre parti del regno, e di cui noi non siamo nel grado di misurare l'estenzione per difetto di fonti compiute (1).

La seconda fonte, dalla quale avrebbe potuto essere secondato lo svolgimento del dritto nel senso e secondo i bisogni di questo tempo sarebbe stata la scienza. La differenza della nazionalità non avrebbe potuto essere alcun ostacolo per la sua attività. La scienza non ha alcuna cosa di particolare: può avere a suo obbietto un dritto speciale, ma per se stessa non è stretta fra questi vincoli. Giureconsulti della più svariata origine animati ed associati da un vero spirito di scienza avrebbero potuto cooperare all' edificio d'un dritto comune, com'era realmente avvenuto nel periodo precedente.

Ma non eravi più alcuna scienza. Certo sussisteva ancora una letteratura giuridica, ma le reliquie di questa sono la pruova la più evidente, che la vera giurisprudenza erasi estinta (2). Gli scritti giuridici di questo periodo sono altrettante compilazioni sulle leggi e sulle opere dei precedenti giureconsulti: quello che vi ha di proprio degli autori di esse, in quei casi, nei quali realmente vi sia, è senza alcun valore: che anzi la letteratura giuridica di questo tempo è inferiore a qualunque altra, che porta la medesima indole compilatoria, dovendosi fare eccezione soltanto per la letteratura teologica, nella quale si muove uno spirito proprio, che la eleva moltissimo sul basso *niveau* del tempo. Nondimeno non fuvvi difetto di scuole di dritto, le quali sorsero in differenti luoghi dell'impero, ed avevano altresì il grande concorso di tutti quelli, che si preparavano per il servizio dello stato. Che anzi lo studio del dritto esternamente sembrava aver preso in questo tempo un vero movimento, le scuole erano avute in tutt'altra considerazione, che nel precedente periodo: erano addivenute almeno in parte pubblici istituti : il governo ne prese la direzione, vi nominò i professori, assegnò loro onorario e titoli, e delineò il metodo degli studi. Se vi fossero state tabelle statistiche, l'insegnamento vi avrebbe occupato un posto importante, e molti, che non si danno la pena di guardare ai frutti, si volgeranno forse con dolore a quell'antico tempo, che non conosceva simiglianti cose. Ma se noi ci facciamo ad investigare il germe, che si ascondeva sotto questa scorza, non troviamo alcuna traccia d' un vero sentimento e capacità scientifica. La forza produttiva, che è la sola distintiva della vera scienza, erasi spenta; il più alto scopo, a cui mirava la scienza di questo tempo, si era d' imprimere nella memoria per l' uso pratico ed

(1) Alcune cose possonsi riconoscere dai codici romani presso i Tedeschi: molte specialità furono inserite nelle leggi degl'imperatori divenendo in tal modo dritto comune.

(2) *Consultatio veteris icti. Collatio leg. mos. et rom.* se pure vogliasi noverare quest' ultima fra le produzioni giuridiche. Parleremo appresso del *Codex Gregorianus*, *Hermogenianus*, dei *fragmenta Vaticana*, e dei frammenti del tempo di Giustiniano.

immediato la lettera di quello ch' erasi ereditato dal passato adornandola secondo le occasioni con alcune dotte notizie.

Che non siavi alcuna esagerazione nel negare a quel tempo una vera scienza del dritto risulta non solo dalle condizioni generali storiche, colle quali un tal difetto si accorda perfettamente, e dalle produzioni giuridiche, ma ne abbiamo il testimonio diretto d' un imperatore, che è tanto più importante, quanto meno una delicata modestia nell'estimazione delle condizioni di quel tempo fu il carattere del linguaggio ufficiale. Teodosio dice nell' ordinanza, colla quale promulgava il suo codice delle costituzioni: *saepe nostra clementia dubitavit, quae causa faceret, ut tantis propositis praemiis, quibus artes et studia nutriuntur, tam pauci rareque exstiterint, qui plena iuris civilis scientia ditarentur, et in tanto lucubrationum tristi pallore vix unus aut alter receperit soliditatem perfectae doctrinae.* Egli si persuade di poter risolvere il ploblema; giacchè opina che quello che aveva prodotto un tal difetto di fondate conoscenze giuridiche non era altro, che la moltitudine dei libri, che avevansi a leggere, ed il gran numero delle leggi imperiali che con fatica riuscivasi a procurare. Sicchè si abbandona alla bella speranza, che mediante la sua collezione delle leggi tutto avrebbe potuto essere cambiato dalle fondamenta. Questo ci fa direttamente ricordare l' aspettazione che si è avuta nei nostri giorni, che con un novello codice tedesco immancabilmente ed immediatamente irromperebbe l'aurora della scienza per coloro, che oggi giorno si aggirano per il buio e per le tenebre, aspettazione che si assimiglia al tutto a quella fantasia.

Rimane una sola fonte, dalla quale si avrebbe potuto attendere lo svolgimento del dritto sul fondamento dei bisogni nazionali e del tempo: ed era questa l'autorità del potere legislativo. Ed in vero questa fonte dimostrò una fecondità, che sopravanzò la misura dei trascorsi secoli. Da Costantino fino a Teodosio II in un intervallo di 130 anni, il numero delle leggi generali era già tanto grande, che raccogliendole, oltre le molte omissioni ed abbreviazioni, potevasene formare un libro d' un peso considerevole, senza comprendervi le leggi del governo di Diocleziano, di cui noveransi ancora nel codice di Giustiniano 1247 costituzioni. Il presente periodo è l' epoca della floridezza esterna, ossia d'una incessante rapida attività della legislazione. Gl'imperatori ritrassero a se per quanto era possibile ogni altra fonte del dritto. Anche quando sorgevano delle difficoltà sull' applicazione della legge, bisognava far capo dall'imperatore, acciocchè questi vi provvedesse, apportando una modificazione all' applicazione di essa con un atto iuterpetrativo, essendo questo nelle facoltà del solo imperatore, giacchè l'autorità dei giureconsulti era mancata al pari di essi (1).

La legislazione.

§. CXXIX.

Abbiamo osservato sovente, che la legislazione aveva un vasto campo avanti a se. Se noi ci facciamo a considerare, com'essa abbia risposto alla sua missione, occorrono nei particolari non poche buone leggi conformi ai bisogni ed alle condizioni storiche del tempo, colle quali il legislatore con un tatto felice, e con un sentimento di rettitudine, per quanto era possibile, rimosse le difficolta, che la natura della materia a trattare ed il difetto di trattazione scientifica presentavano. Certo rimaneva sempre un ostacolo, che poteva diminuire e ridurre a vuoto gli effetti d' una legge, fosse pure la migliore, ossia l' incapacità o la contrarietà di coloro, che avevano ad applicarla, e dare in tal modo ad essa per la prima volta una esistenza reale; fu questo uno scoglio, contro cui si ruppero molte buone leggi. Ma oltre queste occorre un gran numero di leggi, nelle quali l'incapacità intellettuale e la sconsideratezza del tempo più che altrove si riflette. Sebbene alle volte riusciva agl' imperatori valersi per la legislazione degli uomini più intelligenti del loro tempo, pure anche i migliori non potevano stare al paragone di quei, del cui consiglio eransi giovati i principi del precedente periodo, e non di rado l' incessante cambiamento degli ufficiali e dei partiti portava i più incapaci al sommo delle cose, sicchè sotto il loro governo occorre

(1) L. 9. *C. de legib.* (1. 14): — *si quid vero in iisdem legibus latum fortassis obscurius fuerit, oportet id ab imperatoria interpretatione patefieri, duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari. L. 12. C. eod:* — *si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet — tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur, nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus, quia et eis hoc maiestas imperialis permisit.*

la rapida e violenta successione di buone e cattive ordinanze. Incapacità nella scelta dei mezzi per lo scopo, inconseguenza nei cambiamenti prodotti al dritto esistente, dubbi ed incertezze, sicchè alcune volte sotto un medesimo governo il dritto fu cambiato tre volte sopra uno stesso punto, e con ciò una grande pretensione: regole generali, la cui determinazione nelle specialità era rimessa al caso, modificazioni dei principii particolari, quantochè volendo pure innovare, sarebbe stata necessaria una riforma più comprensiva, sono queste le impressioni, che ricevonsi dalla grande moltitudine delle leggi di quel tempo. Alcune volte fu l' ignoranza che produsse tali risultati, sovente altresì la timidezza di toccare la vera radice del male, e la ripugnanza di provvedervi a spesa del proprio utile, fosse pure l' immaginario. In tali casi ci si fa incontro quella schifosa ipocrisia, che cerca con belle e morali espressioni coprire la miseria altrui e la propria colpa: come quando quasi a modo di derisione e di dileggio nelle leggi sul decorionato si fanno valere i nobili sentimenti del patriottismo per un rimprovero a quei miseri, che spinti alla disperazione per gli abusi degli ufficiali pubblici e per l' avidità finanziera fuggivano dalla patria e dalla terra natia.

Al contenuto risponde la forma e l' idioma. La più parte delle leggi di Costantino è male scritta, e composta in uno stile tronfio, i cui ornamenti oratorii, che sono molto male a proposito, accusano la povertà del pensiero (1). Una stancante prolissità vi si aggiunge per fare difficile l'intelligenza d'una legge per se stessa semplice, e rendere queste leggi un obbietto di penoso lavoro per l'interpetrazione, o che almeno non riesce di conforto allo studio. Così Giustiniano nell'annunziare un novello principio suole dilungarsi nel lodare a cielo la propria eccellenza compassionando il passato, che non abbia goduto della legge, colla quale rende felici i suoi sudditi. I motivi ne sono certo liberamente espressi, ma ordinariamente mancano d' ogni carattere giuridico; il che si appalesa con più evidenza quando s'intende cambiare un antico dritto, o definire una controversia dei vecchi giureconsulti (2).

Avventuratamente però il merito del dritto romano è indipendente da quello, che questi imperatori statuirono, ma si ripone in ciò, che i giureconsulti romani del terzo periodo pensarono ed esposero. Era missione degl' imperatori accomodare colle necessarie modificazioni l'antico dritto romano ai costumi ed ai bisogni del loro tempo, e rimuovendo quello ch' era sopravvisuto a se stesso, con un prudente cambiamento di molte istituzioni, o di alcune parti di esse facilitarne l' applicazione ad altre nazioni. Per adempire tutto ciò in un modo conveniente, mancava in quel tempo la capacità sufficiente. Molte cose, che ci sono pervenute del dritto romano, abbisognano di essere compiute con una intelligente interpetrazione ed applicazione delle leggi, nelle quali si contengono almeno i germi del vero, sebbene coperti per insufficienza ed incapacità scientifica. Un tale vuoto nelle leggi di quel tempo è una delle più evidenti ragioni, perchè la conoscenza dell' antico dritto abbia per noi una importanza immediatamente pratica. La legislazione imperiale, che tiene il mezzo fra noi ed il più antico dritto romano, è di tal qualità, che ci obbliga passando al di sopra di essa riportarci

(1) Può servircene di esempio una legge teodosiana, colla quale è confermata una precedente: *Semina ferendis legibus fragilitas humani generis subministrat: repetitio vero legum nostrae est humanitatis iudicium. Si quidem cum priorum aculei adversus temeratores earum sufficerent corrigendos, ammoneri tamen etc.* Non è parimenti inferiore d' insipidezza l'introduzione delle istituzioni giustinianee: *Imperatoriam maiestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus et bellorum et pacis recte possit gubernari etc.*

(2) Può servire di esempio una legge di Giustiniano, colla quale accomuna all' imperatore ed alla sua moglie un privilegio della vendita fiscale, che quand' anche la cosa si appartenga ad altri il precedente proprietario non possa reclamarla contro l' acquirente: e nella quale fra molti altri motivi, che danno alla legge una estensione sproporzionata, occorre anche il seguente: *qui enim suis consiliis suisque laboribus pro toto orbe terrarum die nocteque laborant, quare non habeant dignam sua prerogativa fortunam* (*L. 3. C. de quadr. praescr.* 7. 37). In un altra legge (*L. 16. C. de usufr.* 3. 33) egli si adira per la durezza dell' antico dritto, che dichiarava perduto l' usufrutto per il non uso di uno o di due anni: quante ed innumerevoli cagioni non vi sono, esclama egli, e che noi mortali non possiamo evitare, le quali non ci permettono di poter conservare quello, che noi abbiamo! Per la morte dell' usufruttuario, per la perdita della cosa, bene! per queste cagioni può perdersi l'usufrutto ma soltanto per queste e non per il *non usus* di uno o di due anni, dovendo ciò avvenire soltanto per il non uso di dieci o venti anni.

al suo passato, acciocchè prendendo di là il nostro punto di partenza potessimo estrarne quello ch' essa ci tace, e compiere ciò che ci fu trasmesso incompiuto.

Delle forme della legislazione.

§. CXXX.

Ci rimane a parlare delle forme della legislazione.

L' imperatore è non solamente di fatto, ma anche di dritto il solo legislatore, essendo mancata la legislazione del senato. Senonchè alla fine del precedente periodo, quando la potenza dei prefetti pretorii era straordinariamente cresciuta, fu riconosciuto loro il dritto di rilasciare delle ordinanze, che parreggiavano per forza ed autorità le imperiali (1). Una tale capacità rimase loro non ostante le altre limitazioni apportate ai loro poteri, anche nel quarto secolo (2), colla eccezione però che nessuna legge imperiale potesse esserne cambiata, e con quella che era conseguenza della mutata condizione dei prefetti, che dovessero avere validità solamente nella prefettura, alla quale il prefetto sopraintendeva (3). Come per le leggi imperiali oltre il nome *leges* fu usata anche la denominazione: ***principum constitutiones***, così le differenti *formae* dei prefetti furono dette: ***edicta***, ***decreta***, ***rescripta*** : dei soli mandati e delle ***orationes*** come leggi non si fà più parola nel tempo di Giustiniano (4).

Edicta o *leges edictales* dicevansi ora le leggi, che avevano per scopo di statuire o pubblicare una determinazione d' una applicazione più generale, ossia un principio di dritto. Non bisogna però connettere queste leggi agli antichi ***edicta magistratum***, ai quali seguirono gli editti dei primi principi: è soltanto il medesimo nome per tutt' altra cosa (5). È più naturale farle derivare dalle precedenti ***orationes*** : quando si volesse esattamente indicarne la forma si dovrebbero denominare orazioni scritte, ed anche epistole, e se un vecchio giureconsulto avesse vissuto a questo tempo probabilmente avrebbe detto, che tutte le costituzioni, fatta eccezione dei decreti, sieno ora divenute *epistolae*. L' imperatore dirigeva queste leggi o al popolo (colla soprascritta ***ad populum***, ***ad omnes populos***) o al senato, al quale erano comunicate da un console, o agli ufficiali. In quest' ultimo caso la legge era diretta ai supremi ministri dell' impero, ai prefetti pretorii e della città, che avevano poi a comunicarla agli ufficiali loro dipendenti (6). Tutti gli editti erano ***leges generales***, ossia leggi, ch'erano destinate per una più vasta applicazione che per una singola persona o per un caso concreto (7), sebbene del resto la specie delle persone o dei casi ai quali erano applicabili potesse essere differentemente più vasta o limitata, o esservi comprese molte o poche specie (8). Sicchè qui la ***lex generalis*** è in opposizione colla ***costitutio personalis***, e da ciò deducesi, che il concetto di essa era più

(1) Ales. *L.* 2. *C. de off. p. p.* (1. 26.): ***Formam a praefecto praetorio datam, etsi generalis sit, « minime legibus vel constitutionibus contraria » si nihil postea ex auctoritate mea innovatum est servari aequum est.*** Le parole particolarmente segnate sono probabilmente una interpolazione degli autori del codice giustinianeo.

(2) Giustiniano ammettendo la citata costituzione la conferma espressamente nel suo Codice, e tacitamente, inquantochè più volte cita queste *formae* come ordinanze valide ***L.*** **16.** ***C. de iudic.*** **(3. 1)** ***L.*** **27.** ***C. de fideius.*** (8. 41.) Zacharia, ***Hist. iur. graecorom.*** p. 7.

(3) Anche altri ufficiali rilasciavano tali *formae*, e come nell' antico linguaggio dicevansi, *edicta*, per quanto i loro poteri ne davano loro le facoltà, ma che avevano soltanto una validità pari a quella dei precedenti *edicta magistratuum*. Così ci pervennero per iscrizione sopra pietra due editti di un prefetto, Turcio Aproniano, (che fu prefetto l' anno 364, e 372), sulla vendita della carne e sul taglio di essa. Haubold, *(Spangenberg) mon. leg.* 71. 72.

(4) L' espressione *oratio* è usata ancora come comunicazione d' una legge al senato *L.* 3. *C. de legib.* (1. 4).

(5) Su questa connessione, che sarebbe al più ammissibile secondo la mia opinione per gli editti dei principi del terzo periodo, opina diversamente Savigny, *Sistema*, I. §. 23.

(6) La maggior parte degli editti è di questa qualità, e nelle collezioni conservano perciò l' indirizzo a questi ufficiali superiori. Sarebbe un errore volerli perciò considerare come rescritti. Non erano editti nell' antico significato della parola: questi erano mancati: anche gli editti *ad senatum* ed *ad populum* sono editti soltanto nel senso, che davasi a questa parola nel quarto periodo.

(7) Nel medesimo senso, in cui si esprime la *L.* 8. *D. de leg.* (1. 3.): *iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur.*

(8) La parola *generalis* varia talmente di significato, che può essere usata anche in un senso limitato di applicazione; è perciò, che i moderni dissero *specialis* una legge limitata ad una sola classe di persone, e *generalis* quella che non aveva una tale limitazione.

vasto di quello dell' editto, giacchè non tutte le *costitutiones non personales* erano editti (1).

Il concetto dei decretti e dei rescritti non era mutato. I primi per effetto della novella costituzione giudiziaria e del più vasto svolgimento di questa sono più rari che nel precedente periodo, giacchè i casi, nei quali l'imperatore pronunziava personalmente in ultima istanza, sono sempre più limitati, sebbene ne rimanessero ancora nella pratica. I rescritti imperiali sono ancora cagionati come nel precedente periodo parte per relazioni dei magistrati, parte a petizione delle parti. Ordini rigorosi sono statuiti sulla forma di essi per impedirne qualunque frode o falsificazione. Niuno poteva avvalersi della *abnotatio* (ch' era l'estratto della determinazione), ma soltanto del rescritto intero (2), e di questo solo quando fosse stato sottoscritto dall' imperatore col *sacrum encaustum*, fluido purpureo, il cui possesso era vietato con minaccia di forte pena a qualunque altra persona (3). Alcuni particolari rescritti erano detti *pragmaticae sanctiones*, che appartenevano alla classe dei rescritti, ch'erano rilasciati a petizione. Primitivamente erano detti così tutti quelli, che non erano apposti alle petizioni, ma erano particolarmente composti; sicchè una tale forma era espressa da quel nome. Ma quando posteriormente questa fu ordinata per tutti, sembra che l'espressione fosse stata usata in un senso più ristretto per una forma più solenne di composizione, che senza dubbio distinguevasi dalle ordinarie anche per una tassa maggiore. Zenone ordinò che questa forma non dovesse essere adoperata nelle faccende puramente private degl' individui, ma soltanto in cose d' una importanza generale, e particolarmente in quelle riguardanti una corporazione (4).

Fu osservato trattando del terzo periodo, che i principi di questo tempo operarono sullo svolgimento del dritto coi rescritti più che con qualunque altra forma della legislazione, con quelli però che non erano semplici *personales constitutiones*, ma esprimevano e dichiaravano un principio di dritto. Fu pure ricordato, che le difficoltà, che l' uso di questa forma poteva cagionare, furono in simili casi rimosse per opera dei giureconsulti e della loro interpetrazione sull' applicazione dei rescritti. Un tale uso dei rescritti passò per tradizione anche sotto Diocleziano, giacchè di 1247 costituzioni, che si leggono di questo Imperatore nel codice giustinianeo, si contano 1220 rescritti. Ciò cambiò sotto Costantino: da questo tempo gl' imperatori usarono per la loro legislazione la novella forma degli editti, ch' era la sola conveniente per le innovazioni importanti ed in parte anche violente del dritto come in simiglianti occasioni i loro predecessori eransi avvalute dei senatoconsulti e delle *orationes*.

Nei rescritti e nei decreti degl' imperatori anteriori a Costantino riponevasi una parte importante del dritto vigente, che per mezzo di collezioni fu fatto capace d' un applicazione pratica. E non avrebbero gl' imperatori di questo tempo data ai loro rescritti e decreti la medesima importanza come a testimoni del dritto esistente, che per essi era applicato ai singoli casi, e non avrebbero raccomandato ai giudici di fare di essi nei casi simili lo stesso uso, che facevasi degli antichi? Due ragioni potevano rattenerli da ciò. L'una era il difetto d'un organo, che ne avesse insegnata una vera applicazione, avesse distinto l' essenziale dal fenomenico, la regola giuridica generale dalla concessione personale, stante la diffidenza che avevasi della capacità dei magistrati di adempirvi. La seconda ragione veniva dalla coscienza, che anche nei casi, che una costituzione composta secondo il dritto vigente, non era fatta per essere una *personalis costitutio*, le loro decisioni erano sovente dettate da considerazioni personali, ed in generale erano di tal natura, che non rendevano desiderabile un appello ad esse in casi simili.

Per queste considerazioni Arcadio ed Onorio (398) vietarono l' applicazione di tutti i rescritti al di là del caso, per il quale erano stati rilasciati. Essi accennano ai soli *rescripta ad consultationem*, a quelli cioè ch' erano stati dati per istruzione dei giudici, perchè forse questo principio esisteva già per i rimanenti, dovechè quelli per la loro forma assimigliandosi più degli altri agli editti, avevano perciò conservata fino a quel tempo una più generale possibilità di applicazione (5). La medesima regola fu ripetuta da Teodosio e Valentiniano, che ordina-

(1) Guyet, (Tratt. p. 42) opina, che per contrario le *leges generales* fossero una specie inferiore agli editti.

(2) *L.* 1. *C. Th. de dir. rescr.* (1. 2).

(3) *L.* 6. *C. de div. rescr.* (1. 23).

(4) *L.* 7. §. 1. *C. eod.*

(5) *L.* 11. *C. Th. de div. rescr.* (1. 2.) Savigny, *Sistema*, 1. §. 14, non considera questa come una innovazione, opinando che fin da molto tempo fosse mancata ai rescritti la

rono nello stesso tempo la rigorosa applicazione dei rescritti ai casi, per i quali furono emessi (1). Non sembra che in queste leggi, quali almeno ci pervennero, si parli espressamente dei decreti. E pure è probabile, che fosse stata negata anche loro la validità generale, essendo ciò confermato dalle espressioni d'una legge che sarà bentosto citata. D'altronde il difetto di menzione dei decreti, almeno per il caso principale ossia per quello della decisione imperiale in appello, è soltanto apparente. Questa decisione che prima avveniva nella forma speciale d'un decreto avvenne dopo il novello ordine di appello fin dal tempo di Costantino nella forma d'un rescritto (2), la sua occasione era una *relatio* del giudice, dalla cui sentenza appellavasi, ossia una *consultatio post sententiam*, sicchè la maggior parte dei decreti imperiali è compresa per la forma nella serie dei rescritti (3).

Se dunque gli editti pare che sieno stati riconosciuti come le sole *leges generales*, non era però intendimento degl' imperatori di precludersi la possibilità di esprimere nei rescritti una regola da seguirsi generalmente. Anche su questo proposito statuirono Valentiniano e Teodosio (4): deesi ritenere come *lex generalis* non solamente una che abbia una tale forma, ossia una legge comunicata al senato o a tutti i magistrati, ma anche una determinazione, che non era stata rilasciata *motu proprio*, ma piuttosto a petizione, o dietro un rapporto, ed in generale in occasione d'una controversia giudiziaria: *sive eas nobis spontaneus motus ingesserit, sive precatio sive relatio, vel lis mota leges occasionem postulaverit*, ossia con una parola, anche un rescritto o un decreto deve avere un' applicazione generale, quando è detto espressamente, che dovesse essere applicato ai casi simili, o più brevemente, che valga per tutti, o ancor più brevemente, che sia una *lex generalis*, o infine, quando è usata la parola editto (*inserto edicti vocabulo*). Può dirsi, che gl'imperatori confermino con ciò il principio, che i soli editti dovessero essere *leges generales*, ma essi ne estendono il concetto, e comprendono nei veri editti quelli che impropriamente vi potrebbero essere noverati, o che in realtà non lo sieno sebbene dovessero valere per tali (5).

Il cambiamento che provenne dal fatto di essersi negata la forza legislativa ai decreti ed ai rescritti, può essere ridotto al seguente semplice risultato. Anche al presente vi erano due specie di simiglianti determinazioni legislative, come nel tempo precedente: *costitutiones personales*, e quelle che avevano la qualità d'una *lex generalis*. La differenza fra il dritto presente e l'antico si è, che la decisione, se un rescritto si appartenesse all'una o all'altra classe era rimessa prima al criterio dei giudici e dei giurisperiti, ma ora era riserbata esclusivamente all'imperatore, che in qualunque siasi modo doveva dichiararla *lex generalis*, quando avesse voluto che per tale valesse. Un tale sforzo di lasciare al criterio ed al giudizio del magistrato il più limitato campo ch'era possibile, si manifesta parimenti in molti altri punti del dritto.

Giustiniano conservò un tale stato di cose relativamente ai veri rescritti (6). Egli aveva altresì poca o niuna inclinazione per la procedura dei rescritti, per la quale l'imperatore era gravato da un numero grandissimo di petizioni e rescritti; posteriormente annullò questi nelle cose di procedura provenienti da richiesta delle parti, vietando ai giudici di averne considerazione, anche

forza legislativa per gli altri casi. Questa opinione fu confutata precedentemente: non è anche sostenuta dal senso letterale della citata legge: *Rescripta ad consultationem emissa vel emittenda* IN FUTURUM *iis tantum negotiis opitulentur, quibus effusa docebuntur.*

(1) *L. 2. C. de legib.* (1. 14). *Quae ex reclamationibus vel suggestionibus vel consultatione in commune florentissimorum sacri nostri palatii procerum auditorium introducto negotio statuimus, vel quibuslibet corporibus — donavimus, nec generalia iura sint, sed leges faciant his duntaxat negotiis atque personis, pro quibus fuerint promulgata.*

(2) Bethmann Hollweg, *Manuale* 1. p. 363.

(3) *Rescripta ad consultationem* comprendono dunque tanto quelli *ad consultationem ante sententiam*, veri rescritti, quanto quelli *ad consultationem post sententiam*, i decreti.

(4) *L. 3. C. de leg.* (1. 14).

(5) Non possonsi noverare fra questi che non sono veri editti le ordinanze, ch'erano date o dirette ai supremi ufficiali, per esempio al prefetto pretorio (fatta eccezione per il caso d'una *consultatio*) essendo questi veri editti nel senso di questo periodo. Io considero perciò come erronea l'opinione di Savigny, che le considera come rescritti.

(6) L. 13. *C. de sent. et interl.* (7. 45.). Dichiarò, che nessun giudice dovesse lasciarsi imporre dall'autorità d'una decisione data per *consultatio*, dovendo nella decisione dei casi simili seguire la propria opinione: aggiungendo, che molto meno i giudizii dei magistrati superiori dovessero avere una tale esterna autorità: *cum non exemplis sed legibus iudicandum sit.*

quando una delle parti avesse saputo procurarseli (1). Questo avvenne l'anno 541: tre anni dopo proibì anche le *consultationes* dei giudici (*ante sententiam*), sebbene ne fosse stato egli stesso l'autore, ed ordinò loro di giudicare a seconda della propria opinione (2). Per contrario con una legge generale statuì la possibilità di applicazione ai casi simili dei decreti imperiali, che erano stati pubblicati ad istanza delle due parti ed in un solenne consesso giudiziario, ossia riconobbe loro la qualità d'una *lex generalis*, senzachè facesse bisogno esprimere questa loro qualità particolarmente per ogni decreto, come era stato ordinato dai precedenti imperatori. Giustiniano aggiunge nella medesima legge una regola sulla interpretazione, il cui senso è molto dubbio (3): *cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat huiusmodi regiam interpretationem obtinere, eorum quidem vanam subtilitatem tam risimus, quam corrigendum esse censuimus. Definimus autem omnem imperatorum legum interpetrationem, sive alio quocumque modo factam, ratam et indubitam haberi, si enim in presenti leges condere soli imperatoris concessum est, et leges interpetrari solo dignum imperio esse oportet.* Glück opina (4), che con ciò si voglia limitare la generalità di applicazione dei decreti al caso, in cui contengono una interpetrazione autentica delle precedenti leggi, e che nella esistenza d'una tale condizione sia riconosciuta la stessa validità anche ai rescritti (per le parole: *sive in precibus*): è questa una opinione, in cui vi ha qualche cosa di vero misto a molte idee erronee. Savigny opina per contrario, che qui trattasi solamente della validità dei rescritti nel caso speciale; ma non potrebbesi secondo un tale opinione spiegare, perchè abbiasi potuto di ciò dubitare, sol perchè il rescritto conteneva una interpetrazione.

Avanti tutto è da ritenere per fermo, che in questa seconda parte della legge non altrimenti che nella prima, alla quale si connette anche per l'espressione (*cum et igitur*) parlasi della validità generale delle ordinanze. L'imperatore chiude la prima, che espressamente tratta dell'applicazione generale dei decreti con un richiamo agli antichi giureconsulti, che avrebbero senza dubbio ciò riconosciuto: *constitutiones, quae ex imperiali decreto processerunt, legis vim obtinere*, e continua ripetendo la parola: *obtinere*, che in quella condizione di cose evidentemente non poteva essere usata in nessun altro senso, quando avesse voluto esprimersi d'un modo ragionevole. Che inoltre per le *veteres leges*, alle quali accenna Giustiniano, non debbano essere intese quelle del tempo dei classici giureconsulti, si deduce dall'insieme delle sue parole, ma sono le ordinanze pubblicate dopo le leggi di Arcadio di Teodosio e Valentiniano limitative della forza dei rescritti e dei decreti. L'avvicinamento della nostra legge con queste ci pone nel grado di determinarne con una compiuta certezza il significato nel seguente modo. Secondo quelle leggi niun rescritto doveva avere un'applicazione più generale, quando non fosse stato ad esso espressamente riconosciuta nel modo sopra indicato. Sorgeva ora la seguente difficoltà: è rilasciato un rescritto, nel quale si contiene una interpetrazione autentica d'una *lex generalis* precedente, senzachè fosse detto espressamente che una tale interpetrazione dovesse valere generalmente, ossia che il rescritto, che la contiene abbia forza d'un editto. Una tale difficoltà è rimossa ora da Giustiniano, che ordina; che questa interpetrazione dovesse avere forza generale obbligatoria, qualunque ne sia la forma, anche quella di un rescritto. Giacchè quando un imperatore statuisce, che una *lex generalis* sia intesa ed applicata in questo senso esprime la sua volontà non meno chiaramente e risolutamente, che un tal principio debba valere generalmente, e come la legge di Valentiniano dice, *inserto edicti vocabulo*: in una parola: l'interpetrazione autentica d'una *lex generalis* dee essere considerata come una legge generale al pari di questa.

(1) *Nov.* 113, cap. 1.
(2) *Nov.* 125.
(3) L. 12. *pr. C. de legib.* (1. 14.) *si imperialis maiestas causam cognitionaliter examinaverit, et partibus cominus constitutis sententiam dixerit, omnes omnino iudices, qui sub nostro imperio sunt, sciant hanc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed et omnibus similibus etc.* Un tale esame e decisione da parte dell'imperatore avvenivano soltanto negli appelli dalle sentenze dei *iudices illustres* e non dei *iudices spectabiles L. 32. C. de appell.* (7. 62.): e la decisione, sebbene si appellasse ancora *more consultationis* (con un rapporto del *iudex a quo*) prese sotto Giustiniano sempre più la forma d'un editto. Perciò è detto: *partibus cominus constitutis sententiam dixerit.*
(4) *Commentario alle pand.* I. §. 96. p. 538.

CXXXI.

Delle leggi degl' imperatori e particolarmente delle vere leggi e non delle *costitutiones personales*, tante ne pervennero a noi, che potrebbesi quasi ritenere per inverisimile, che siasi perduto un numero considerevole di esse: e pure questo è certo. Il più gran numero e le più importanti, che anzi quasi tutte quelle che noi possediamo, ci furono trasmesse per mezzo delle collezioni fatte parte in questo periodo, parte anche in un tempo posteriore (1). Queste collezioni in parte sono tali, che senza esser precedute da alcun altro lavoro di simile ragione, furono attinte direttamente dagli archivi (2), in parte mettono a profitto le precedenti collezioni, nello stesso tempo che vi aggiunsero molte altre costituzioni non comprese in altre raccolte (3). Nelle collezioni molte leggi sono riportate in un modo incompiuto, molte in frammenti sparsi in luoghi sconnessi e vari, che anzi le collezioni officiali contengono oltre questi difetti molti materiali cambiamenti ed interpolazioni, sicchè l' uso storico di esse richiede molta cautela, e ciò è particolarmente vero della collezione più comprensiva di esse, ossia del codice giustinianeo. Non ci fa bisogno noverare singolarmente queste collezioni, ne faremo menzione nelle pagine seguenti in quanto entrano fra i momenti storici di questo periodo. Alcune costituzioni ci vennero trasmesse o incise sopra pietre o altrimenti scritte, isolatamente o in altre opere (4).

Uso delle fonti del dritto nei giudizi.

§. CXXXII.

« Il dritto è parte scritto, parte non scritto: quello è contenuto nelle leggi, nei senatoconsulti, nelle costituzioni dei principi, negli editti dei magistrati, e nei responsi dei prudenti, l'altro è formato dalla *consuetudo*». Ciò aveva avuta occasione di apprendere ogni giudice di quel tempo nel suo studio del dritto, lo leggeva nelle istituzioni di Caio ed in altri scritti fatti per l' insegnamento: udivalo dai suoi professori. Nella realtà tutte queste fonti riducevansi agli scritti giuridici, che avevano autorità legislativa, ed alle leggi imperiali. Nei primi trovaronsi commentate ed accomodate per l' uso pratico anche le *leges*, i senatoconsulti, gli editti dei magistrati, e le costituzioni dei precedenti principi: e certo a nessun giudice venne in mente fare investigazioni proprie su quelle più antiche fonti senza il soccorso dei libri degli antichi giureconsulti (5).

Due erano dunque le fonti, che venivano realmente e direttamente usate nei giudizi, comprese secondo il linguaggio di questo tempo nell' espressioni *ius et constitutiones, iura et leges* (6). *Ius* (anche *ius vetus*) significa gli scritti dei giureconsulti d' un tempo anteriore la cui autorità era stata riconosciuta, con tutto quanto occorre in essi di altre fonti. I presenti scrittori di dritto non avevano quest' autorità, nè per i loro pareri, nè per gli scritti. Nondimeno quando questi scritti contenevano delle compilazioni di antiche fonti, e questo loro contenuto era accertato, erano anch' esse a causa di questo considerate e seguite come fonti. Da ciò provenne, che anche le collezioni private delle più antiche costituzioni fino a Costantino furono comprese nella parola *ius*, modo di esprimersi, che sebbene non fosse costante, era però naturale per quelli, che solevano leggere queste antiche costituzioni negli scritti dei giureconsulti, ed ai quali sembrava come al tutto mancata la forma loro più comune dei rescritti e decreti. Per contrario erano dette *leges* (7) le costituzioni degl' imperatori, e propriamente le *leges*

(1) È di questo novero la collezione delle costituzioni, che Sirmond il primo ha pubblicata in un modo compiuto, e di cui Hänel nel citato scritto opina che fosse stata formata nel settimo secolo in Leone. Hänel l' ha pubblicata novellamente (1844) dietro la sua edizione delle novelle del codice teodosiano.

(2) Per esempio il codice teodosiano.

(3) Per esempio il codice giustinianeo. Le summentovate costituzioni di Sirmond contengono molte leggi tratte dal codice teodosiano, ma altre pure, delle quali non può affermarsi con certa scienza, se fossero state prese da una collezione a noi ignota, o immediatamente dagli archivii.

(4) Haubold, *(Spangenberg) monum. L.* 67 — 70. 73. 74. Il più importante di questi frammenti, un editto di Costantino sulle accuse fu pubblicato e commentato da Klenze, *Giorn. per la scienza stor.* IX. 3. Deesi pure averne presente la restaurazione di B. de Vesme, *Giorn. crit. per la scienza del dritto* 1839. p. 177.

(5) Savigny, *Stor. del drit. rom. nel Medio Evo* 1. p. 27.

(6) L. 5. *C. quor. appell.* (7. 65). L. 1. §. 2. 3. *C. de veteri iure enucleando* (1. 17).

(7) Naturalmente il summentovato uso d'una tale parola non è il solo. Nel linguaggio di quel tempo fu altresì usata in generale per dritto, da qualunque fonte questo provenisse, come presso noi dagli uomini non versati nel

generales, ossia gli editti e gli atti che avevano *vis edicti;* esse contengono la novella legislazione in opposizione dei più antichi elementi del dritto vigente. Se questi elementi venivano raccolti e novellamente promulgati da un legislatore, prendevano con ciò la forma di *leges*, e potevano essere indicate con un tal nome. Così avvenne, che Giustiniano dette una novella forma a tutto il dritto esistente qualunque ne fosse l'origine antica o recente, denomina *leges* i brani tratti dagli scritti dei giureconsulti romani ed inseriti da lui nei suoi digesti (1).

Noi tratteremo più particolarmente la storia di queste fonti del dritto rispettivamente al loro uso nei giudizi fino al tempo di Giustiniano.

A. *Ius.*

§. CXXXIII.

La letteratura classica giuridica forniva al giudice una fonte molto compiuta di dritto, che usata con intelligenza avrebbegli fatta abilità di adempire tutti i doveri del suo ufficio. Quello che deesi più d'ogni altra cosa stimare, ed a cui nessun'altra fonte avrebbe potuto supplire in questa perfezione, si è, che un uso vero di essa avrebbe potuto educare e nobilitare lo spirito e renderlo capace di trarne un tale vantaggio. Per ritrarne con successo quell'utile pratico non vi abbisognava certo un genio, che pareggiasse quello d'un antico giureconsulto, ma bastava una mediocre prontezza di mente, ed una qualche suscettibilità per la scienza. Ma questa era quasi spenta; sicchè avvenne che quello che in un tempo migliore sarebbe stato un bene desiderabile fu di peso in questo.

Forti difficoltà originaronsi dall'uso di questa fonte. Principale si era l'eccellenza d'una parte tanto grande di quegli scritti, che riusciva come qualche cosa al tutto estranea a questo tempo, e superiore alla sua forza di concepimento. Ogni epoca presenta un maggiore o minor numero di uomini, ai quali soltanto il mediocre è omogeneo (per non parlare del cattivo), e che non sentono una più forte antipatia, che contro lo sforzo dello spirito che tende a ciò che non è comune; senza dire che anche in tempi migliori può avvenire, che negl'intervalli di rilasciamento quest'elemento mediocre divenga popolare. In quei secoli però del romano imperio vedesi un'apatia, a cui soltanto in un tempo posteriore sotto altre condizioni e forze potettesi sostituire e farsi potente una novella vita spirituale. Non fuvvi difetto di tentativi e di lavori, coi quali intendevasi rendere idonei ed utili ai presenti cultori della scienza gli scritti classici. Il secondo male era l'immenso numero di opere: ciascuno sentivasi soffocato sotto il loro peso, non potendo dominare l'organico corpo, ch'esse rappresentavano. Mettendole a profitto soltanto meccanicamente, dopo averne scorsa la metà rimanevasi nell'affannosa incertezza, se forse nell'altra non si contenesse il contrario. E quand'anche alcuno avesse voluto mettersi nella possibilità di consultarne la maggior parte in ogni occasione, qual capitale non era necessario per riuscirvi? Giustiniano non manca di lodare la sua legislazione anche sotto questa considerazione, possedendosi in essa e senza molte spese quello ch'era più meritevole di essere conosciuto da un giudice (2). Un mezzo facile porgevasi per provvedere a questo male, e nello stesso tempo per sottrarsi fino ad un certo grado al disagio d'investigare il meglio ed anche il più difficile a comprendere. Questo era l'uso di limitarsi ad un certo numero di libri, ed in ispecie a quelli che sì per il contenuto come per la forma meglio si affacevano alle condizioni del tempo. Un tal metodo fu anche seguito per tradizione tacita, e confermato successivamente. Alcuni libri erano divenuti ordinari nell'insegnamento delle scuole: cominciavasi lo studio del dritto colle istituzioni di Caio: seguivano i commentari all'editto, particolarmente quelli di Ulpiano e di Paolo: quest'ultimo affacevasi oltracciò alle condizioni di questo tempo per un comodo e breve estratto della sua opera maggiore, *sententiarum libri* V; vi si aggiungevano alcune altre opere di Paolo *(responsa, quaestiones)* finivasi con Papiniano, che non poteva mancare stante la sua grande autorità. Anche Modestino aveva dritto alla considerazione degli studiosi del dritto, giacchè era il più recente giureconsulto. In tal modo si spiega, perchè i libri di Caio Papiniano, Ulpiano e Paolo furono i principali per la pratica. Può ritenersi, che gli scritti usati nelle scuole fossero parimenti quelli adoperati da ogni giudice: è altresì difficile che la biblioteca dei più si estendesse al

dritto è detto legislazione tutto il dritto d'un popolo, e sono delle leggi tutti i principii giuridici.

(1) L. 2. §. 10. 20. *C. de vet. iure enucl.* (1. 17.).

(2) L. 2. §. 13. *C. de vet. iure enucl.* (4. 17).

di là di queste. È probabile, che vi fosse anche sotto un tale rispetto una varietà fra le differenti parti dell'impero: fatta eccezione per l'indispensabile Caio e Papiniano, verso i quali ciascuno mostravasi caldo d'una sterile venerazione, sembra, che in Occidente sia stato in uso particolarmente Paolo, ed a preferenza le sue Sentenze e Responsi, in Oriente più Ulpiano ed anche Modestino (1).

Ma l'uso di queste fonti presentava un'altra difficoltà, che non poteva venirne rimossa senza l'intervento del potere superiore. Essendovi delle controversie fra quei giureconsulti, a quale opinione doveva attenersi il giudice, a cui al pari che ai suoi assistenti mancava il concepimento scientifico, e quindi la capacità di formare a se stesso un ben fondato convincimento? Nelle istituzioni di Caio è data una regola per questo caso: *iudici licet quam velit, sententiam sequi.* Ma se questo poteva sembrare molto comodo ai giudici ordinari, non poteva esserlo in questo stato di cose nè per le parti, nè per i governanti. Noi troviamo, che gl'imperatori presero particolarmente in considerazione una tale difficoltà. Fu il loro primo tentativo quello di diminuire le controversie. Questo fu lo scopo d'una ordinanza di Costantino dell'anno 321 (2). Ulpiano e Paolo avevano apposte delle note a Papiniano, nelle quali sovente cercarono confutarlo, in altre limitaronsi a commentarlo. In questo caso l'Imperatore voleva, che fosse decisiva l'opinione di Papiniano: che anzi credette raggiungere meglio il suo scopo, e troncare con un solo colpo un gran numero di controversie togliendo in una volta ed in un modo generale ogni autorità legislativa a quelle *notae*. Una simigliante ordinanza fu data, noi non ne conosciamo il tempo, per le osservazioni di Marziano a Papiniano (3). Una tale legge avrebbe prodotta un'agitazione nei tribunali di Occidente, nei quali Paolo e particolarmente le sue *sententiae* avevano cominciato ad essere una fonte principale: una condanna di uno scritto di questo autore sembrava rendere precaria l'autorità delle altre sue opere, ed anche quella delle *sententiae*, delle quali in nessun modo volevasi e potevasi fare a meno. Costantino acquetò una tale agitazione con una legge del 327, nella quale (senza però derogare a quella prima legge) lodando particolarmente le *sententiae*, espressamente confermò l'autorità di tutti gli scritti di Paolo (4).

Un tale provvedimento valse solo ad apprestare un rimedio molto parziale: uno più generale sperossi da una legge di Teodosio II e di Valentiniano III dell'anno 426, che segna uno dei più importanti momenti della storia del dritto di questo periodo, sebbene come avremo occasione di vedere, non operò tanto profondamente sulle condizioni giuridiche di quel tempo, come si suole opinare (5). Questa legge ordina che quando si presentassero in giudizio opinioni fra loro discordanti tratte dagli scritti giuridici, che avevano forza legislativa, se ne dovesse contare il numero, sicchè quella dovesse valere, per la quale potevasi indicare un numero maggiore di autori: che nella parità delle opinioni sarebbe decisiva quella di Papiniano, che preferita a qualunque altre, dovrebbe però cedere all'autorità di due giureconsulti. Ma quando nè anche l'autorità di Papiniano decideva la quistione, permettevasi al giudice giudicare a suo criterio. Naturalmente non è imposto al giudice l'obbligo di percorrere in caso di controversia tutti gli scritti per trovare quale opinione avesse realmente per se un maggior numero d'autori, egli poteva rimettere alle parti il lavoro d'indagare il maggior numero possibile di quelli, che tenevano per l'opinione loro favorevole, quando pure queste non volessero commettere la loro sorte alla fortuita ricchezza letteraria del giudice ed alla conoscenza che questi potesse averne. Così fu provveduto con quella legge ad un bisogno con un mezzo nel fatto molto semplice, ma il più improprio che fosse possibile rispettivamente alla natura stessa

(1) Nella *consultatio* (§. 104. 9.) nel Breviario e nel Papiano occorre Paolo, ma non Ulpiano: i digesti di Giustiniano non sono esclusivi, ma i frammenti di Ulpiano pareggiano quelli di Paolo, e la terza parte dell'intera opera.

(2) *L. 1. C. Th. de respons. prud.* (1. 4): *perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes Ulpiani ac Pauli in Papinianum notas, qui dum ingenii laudem sectantur, non tam corrigere eum, quam depravare maluerunt, aboleri praecipimus:* questa è nel novero delle costituzioni del codice teodosiano scoverte recentemente. Conoscevasene il contenuto dalla *L. 3. eod.* e dalla *L. un. pr. C. Th. de sent. pass.* (9. 53.) inoltre dalla *L. 1. §. 6. C. de vet. iure enucl.* (1. 17).

(3) *L. 1. §. 6. C. cit.*

(4) *L. 2. C. Th. de resp. prud.* Anche questa è una costituzione recentemente scoverta; alla quale del resto accenna la *consult. vet. iurisc.* VII.

(5) *L. 3. C. Th. de respons. prud.*

della cosa sebbene consenziente allo spirito del tempo.

Ma la legge di Teodosio e Valentiniano fa precedere questa principale determinazione legislativa da un' altra, sulla quale variarono moltissimo le opinioni (1). È certo, che avevasi lo scopo di stabilire la forza legislativa degli scritti dei giureconsulti. Ma anche a tal proposito fu quistionato, se la legge fosse stata la prima a dare una tale validità agli scritti, quasi che precedentemente non l' avessero avuta (2), o contenesse un semplice ordinamento sopra questa, ch'era già riconosciuta precedentemente. Questa quistione fu già risoluta contro quella opinione nella storia del terzo periodo, ed una tale risoluzione è confermata sì dal modo, onde la nostra legge si esprime a tal proposito, come anche da quelle leggi di Costantino, che presuppongono come non soggetta a dubbio la tradizionale autorità legislativa degli scritti.

Il legislatore prima di proporre la regole da seguirsi nel caso di controversia negli scritti, che hanno una tale autorità, intende determinare avanti tutto, quali scritti sieno l' obbietto di questa regola, ossia quali si dovessero considerare come validi. Egli propone una norma, dalla quale fa eccezione per le note di Paolo e di Ulpiano. Qual' è questa norma? Secondo l' opinione che fu per lo innanzi generalmente seguita, egli avrebbe limitata l'autorità legislativa agli scritti dei primi cinque nominati giureconsulti, negando questa agli scritti di tutti gli altri, purchè una loro opinione non fosse riportata nelle opere di quei cinque (3). Una tale interpetrazione della legge fu cagionata particolarmente dalla supposizione, che il legislatore avesse inteso limitare il grande numero degli scritti, per facilitare al giudice il suo ufficio. Ma a ciò non era necessaria una legge imperiale, giacchè in nessun luogo era ordinato, che un giudice dovesse possedere e consultare tutti gli scritti, che facevano autorità nella pratica. Oltrechè ammessa pure quella supposizione, la legge non avrebbe quasi a nulla giovato, giacchè quei nomi comprendevano un numero tanto grande di scritti, che con essa in nulla avvantaggiavasi la pratica. Si è inoltre data per ragione, che nei libri di dritto di questo periodo, fatta eccezione dei giustinianei, occorrono soltanto quei cinque giureconsulti; ma una tale ragione è distrutta dal fatto, che nel maggior numero di essi non trovansi nè anche tutti i cinque ma soltanto alcuni. Per contrario la speciale menzione di questi nomi nella legge dee essere piuttosto considerata come un effetto della maggiore autorità di quei giureconsulti nella pratica.

Non solamente sono poco valide le ragioni sulle quali si fonda l'esposta opinione, ma è opposta da ragioni tanto decisive, che deesi rigettarla esclusivamente. Lo sono avanti tutto le stesse parole della legge: queste confermano l'autorità di quei cinque giureconsulti, ma in nessun modo, il che sarebbe essenziale per quella opinione, accennano alla esclusività di essi; che anzi parlano dei rimanenti giureconsulti senza lasciare intravedere una più limitata autorità di questi, sembra per contrario, che riconoscessero ai loro scritti di questi un'autorità eguale. È parimente decisivo il fatto, che gl' imperatori posteriori più volte citano gli scritti degli altri giureconsulti come fonti del dritto (4). Infine il tenore delle costituzioni di Giu-

(1) Le parole sono: *Papiniani, Pauli, Caii, Ulpiani, atque Modestini scripta universa firmanus ita, ut Caium quae Paulum, Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas, lectionesque ex omni eius opere recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Juliani, atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur.* Segue poi la summentovata regola da applicarsi nel caso di controversia, e sono rinnovate le ordinanze sulle *notae* di Paolo e di Ulpiano, e sulle *sententiae* del primo.

(2) È questa l' opinione di molti come di Savigny, *Storia del dritto rom.* ecc. I. §. 3. p. 28. *Sistema* 1. §. 26.

(3) Il primo, che abbia proposta una tale opinione è il romano visigotico, di cui è opera l' interpetrazione della legge nel breviario, senonchè egli da una parte fu più largo relativamente alla autorità, e dall' altra più rigoroso dei moderni. Egli dice; che avessero forza legislativa tutti quelli singolarmente nominati (e non i soli primi cinque) essendone esclusi gli altri tutti: secondo lui la differenza fra i primi cinque ed i seguenti quattro giureconsulti sarebbe, che di questi ultimi non si avevano opere speciali, leggendosi di loro qualche cosa soltanto in quelle dei primi.

(4) Leone ed Antemio relativamente a Giuliano, *de dotali praedio L.* 5. *C. de bon. quae lib.* (6. 51). Giustiniano (prima della formazione dei digesti) relativamente a Marcello, note a Giuliano, e Marziano sulle costituzioni di Severo. *L.* 1. *C. de comm. serv. man.* (1. 7.) a Marziano *L.* 10. *pr. C. de adopt.* (8. 48), a Tertulliano; *de castrensi peculio L.* 7. *pr. C. de eur. fur.*

stiniano sulla formazione dei digesti è per se solo bastante ad escludere quella opinione. Egli ordina gli autori di essi, che dovessero estrarre dai giureconsulti, senza in alcun modo accennare alla pretesa limitazione dei cinque di essi: annulla espressamente la legge sul numero delle opinioni, ed il rigetto che vi si contiene delle note di Paolo e di Ulpiano, senza accennare alla tanto importante limitazione, che la spiegazione comune vi pretende. Se questa legge avesse avuto realmente quel senso, che quella opinione vi scorge, gli autori dei digesti avrebbero dovuto secondo una tale istruzione formarli soltanto dalle opere di quei cinque giureconsulti (1).

Il senso vero della determinazione legislativa, della quale si fa parola, è il seguente. Fu precedentemente osservato, che il legislatore intende spiegare, quali giureconsulti abbiano autorità, ossia quali dovessero avere un voto nella enumerazione delle voci ch' egli ordina appresso. Non è sua intenzione escludere qualunque altro giureconsulto *autorizzato*, ma vuole dare una norma per il modo dell'ammissione. Questo era necessario, giacchè molti scritti erano in corso, i cui autori non avevano ricevuta alcun' autorità (2), e questa norma doveva essere, per quanto fosse stato possibile, esterna per rispondere alla condizioni di quei tempi. Che cosa decideva per l'ammissione? la concessione del *ius respondendi* (3): ma donde riconoscesi una tale concessione? da ciò che un giureconsulto sia citato come un' autorità dagli altri giureconsulti autorizzati (4). Come dunque poteva il legislatore raggiungere un tale scopo? nominando alcuni dei più recenti giureconsulti, coi quali chiudevasi la serie degli autorizzati, ed in ciò fare era naturale, che scegliesse quelli ch' erano maggiormente noti, e ch'egli spiegasse, che questi dovessero avere autorità, e con loro gli altri tutti, le cui opinioni erano citate da questi. In tal modo egli era sicuro di comprendere tutti i giureconsulti autorizzati, e di escludere quelli che non lo erano. Questo è quello che fu fatto realmente dall' imperatore, e che le sue parole chiaramente esprimono, ed è in perfetto accordo colle rimanenti nostre conoscenze. Una esclusione si contiene certo nelle sue parole, ma soltanto di quelli, che non furono mai autorizzati, e particolarmente di tutti gli scrittori posteriori a Modestino.

Due punti della legge abbisognano però di essere particolarmente chiariti. L'uno consiste nel modo, in cui è fatta menzione di Caio. Questi non è noverato fra i giureconsulti i primi nominati, e dei quali è confermata l' autorità, ma posteriormente una tale autorità gli è riconosciuta d' un modo particolare ed espresso. Ciò pruova, che relativamente a lui una tale concessione era qualche cosa di nuovo, il che si accorda perfettamente con quello, che fu sopra congetturato anche per altre ragioni. Egli era uno dei più conosciuti scrittori, ed era usato senza dubbio allora anche nei giudizi; contro un tale uso eransi elevati dei dubbi, che il legislatore rimuove probabilmente con grande contento degli studiosi, e dei giudici di quel tempo.

Diverse opinioni furono espresse sulle parole: *si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur.* Le parole si riferiscono ai giureconsulti, che sono citati da quei cinque. Io le ho spiegate in altra occasione nel seguente modo: che per gli autori più antichi, ai quali molti libri erano supposti, l'autenticità dell' opera doveva essere ristabilita cogli antichi manoscritti (5). Una tale spiegazione appare inevitabile, quando si riportino le parole *eorum libri* ai libri dei citati: ma potrebbero essere parimenti riferite ai citanti, giacchè precedono immediatamente l'altre *quos illi celebrarunt*, ripetizione del già detto precedentemente *suis operibus miscurunt.* Il senso del brano è il seguente. Si potrà far

(1) *L. 1. C. de vet. iure enucl.* (4. 17). Danz, *Manuale della storia del dritto romano* (1840) p. 113 vi aggiunge non senza ragione il brano della L. 2. §. 20. *C. eod.* dove Giustiniano nella promulgazione dei digesti dichiara, ch' egli vi aveva scelti i giureconsulti *(legislatores vel commentatores)*, *quos et anteriores piissimi principes admittere non sunt indignati.*

(2) Così pure dice Giustiniano, L. 1. §. 4. *C. de vet. iure enucl: — quia autem et alii libros ad ius pertinentes scripserunt, quorum scripturae nullis auctoribus receptae nec usitatae sunt, neque eos eorum volumina nostram inquietare dignamur sanctionem.* Queste parole presentano nel loro senso una ripetizione della disposizione della legge, della quale si tratta.

(3) Giustiniano *eod: iubemus igitur vobis antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpetrandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt, libros ad ius romanum pertinentes et legere et eliminare etc.*

(4) Giustiniano eod: *quorum scripturae nullis auctoribus receptae sunt.*

(5) Puchta, *Opere minori* 1851 p. 284.

valere l'autorità d'un giureconsulto, quante volte le sue opinioni sieno riportate da uno di quei cinque giureconsulti, e perciò si terrà conto di lui quando si tratterà di noverare le voci, purchè però l'opinione esista realmente nell'opera del giureconsulto citato, e quello che leggesi nei libri che citano sia confermato dalle opere citate (*codices*) (1). E la legge ne assegna per ragione, che le citazioni contenute o tratte da simiglianti antichi scritti potrebbero essere facilmente erronee: potrebbe essere, che vi fosse in fondo il pensiero d'impedire, che s'introducesse nelle quistioni giudiziarie l'abuso di aumentare a caso le citazioni.

Il governo romano orientale dava opera nel medesimo tempo, in cui era pubblicata in occidente la summentovata legge, ad un lavoro molto più vasto, alla formazione di un codice dagli scritti giuridici. In una legge del 429, che contiene il primo ordine per la composizione del codice teodosiano (2), Teodosio dichiara, che quando questa raccolta di costituzioni fosse compiuta, si darebbe opera ad un secondo codice, che comprenderebbe tutto il materiale necessario per l'applicazione del dritto. Questo codice ordinato secondo le materie, e diviso in titoli avrebbe contenuto:

1) Le costituzioni tratte dalle tre collezioni esistenti in quel tempo (gregoriana, ermogeniana, teodosiana) colla differenza, che ne verrebbero scelte sole quelle vigenti allora: 2° gli estratti dagli scritti giuridici. Posteriormente non è fatta più menzione di questo disegno: ne fu certo negletta l'attuazione.

Codice gregoriano, *ermogeniano*, *frammenti vaticani*.

§. CXXXIV.

Fu osservato precedentemente, che s'intendevano comprese nella parola *ius* anche le costituzioni dei precedenti principi, delle quali erano state le principali fonti gli scritti giuridici. In questo periodo sentissi il bisogno d'una collezione speciale, originatosi principalmente per le numerose costituzioni di Diocleziano, che nella loro forma si connettevano in massima parte colle più antiche. Come già i precedenti giureconsulti avevano scritti libri speciali sulle costituzioni di uno o più imperatori, così un giureconsulto di questo tempo imprese a fare il medesimo per le leggi di Diocleziano, estendendo il suo lavoro anche alle costituzioni dei predecessori probabilmente fino ad Adriano (3). Certo una importante differenza eravi fra questo lavoro ed i precedenti: conformemente allo spirito del tempo era una semplice compilazione; fatta eccezione della divisione in libri e titoli con rubriche, e dell'ordine delle costituzioni secondo il loro contenuto, il lavoro dell'autore fu puramente negativo: che anzi anche un tale lavoro di forma non era suo proprio ed originale: egli seguì in generale l'ordine dei precedenti scritti su tutte le materie del dritto, e particolarmente delle opere sull'editto. Questa collezione è citata molto sovente sotto il nome: *codex gregorianus* (anche *corpus Gregoriani*) così detta dal suo autore per altro ignoto: non può fissarsene la formazione prima dell'anno 295 (4): comunemente si ritiene la fine del regno di Diocleziano o il principio di quello di Costantino come il tempo della sua origine, senza che si avessero per una tale asserzione date in qualche modo sufficienti. Il numero dei libri nei quali un tale codice era spartito è incerto: si fa menzione d'un tredicesimo libro (5), che non era certo l'ultimo.

Molto più incerto è in alcune parti il tempo, l'estensione e la divisione d'una seconda raccolta di simile specie, che comunemente viene connessa con quella; essa è detta *codex hermogenianus*. Anche un tal nome è formolato su quello dell'autore: un *Hermogenianus* oc-

(1) *Codex*, usato per esprimere l'opera stessa in opposizione colla citazione o coll'estratto si accorda molto bene coll'uso ordinario di questa parola.

(2) L. 5. *C. Th. de const. princ.* (1. 1.) recentemente scoverta.

(3) Il codice giustinianeo contiene alcune costituzioni del tempo di Adriano; non è probabile, che fossero state prese altrove, che da questa collezione. Per quanto lo permette il modo incompiuto onde ci fu trasmessa, una costituzione di Settimio Severo del 196 è la più antica, di cui possa dirsi con sicurezza, che ne formi parte. Jacobson, *de codicibus gregoriano et hermogeniano* 1826 tratta delle collezioni, di cui si fa quì parola.

(4) La più recente costituzione, che è citata nel cod. greg. è un. *exemplum edicti Diocletiani et Maximiani* di questo anno. *Coll. leg. mos. et rom.* VI. 4. La data d'un'altra costituzione (*lib.* III. *tit. de fam. erc.* 4. cf. Hänel ed.) del 296 è incerta.

(5) *Fragm. Vat.* §. 266. n. 272. 285. 286. 288. La citazione del 14 libro nella *Coll. leg. mos. et rom.* 1. 8. III. 4. si fonda sopra una emenda di Blume, che è senza dubbio molto verosimile.

corre come autore dei *libri epitomarum* inseriti per estratto nei digesti giustinianei: e molte persone, che tennero alti posti nello stato portarono un tal nome nella seconda metà del quarto secolo (1): se l'autore della collezione fosse uno degli ultimi, o almeno non formassero tutti che una sola persona, è ozioso investigarlo.

In questa seconda collezione non parlasi d' una divisione in libri: occorre soltanto quella in titoli con rubriche. La più antica costituzione che viene attribuita ad essa è dell'anno 291 o 290 (2): anche le rimanenti si appartengono in massima parte all'intervallo di tempo da Diocleziano sino alla fine del suo governo. Vi ha però una eccezione. Nella *consultatio* (*cap.* 9.) sette costituzioni di Valente e Valentiniano verisimilmente degli anni 364 e 365, tra le quali havvi tre rescritti diretti a persone private, sono attribuite al codice ermogeniano colla giunta *ex corpore Hermogeniani*. L'opinione anticipatamente concetta che una tale collezione dovesse esserne più antica, e che in nessun modo è sufficientemente pruovata, ha persuaso molti dotti a rigettare una tale citazione. Questa mi sembra una critica troppo leggiera sopra una collezione, sulla quale e sul cui autore abbiamo notizie tanto incompiute (3). La collezione non può essere considerata come molto posteriore a quelle costituzioni. Come il più sicuro termine in cui doveva essere già formata, abbiamo l'anno 429, in cui Teodosio ne fa parola ordinando che *ad similitudinem gregoriani atque hermogeniani codicis* un terzo dovesse esser fatto (4). Ma noi dobbiamo pure risalire fino all' anno 398, in cui Arcadio ed Onorio vietarono l' ulteriore uso dei rescritti. In questo divieto non era compreso il contenuto di quelle collezioni, ma non può supporsi che sieno state formate dopo di esso.

Il risultato si è, che alla fine del quarto secolo eranvi due collezioni delle costituzioni degl' imperatori anteriori a Costantino ed in parte anche posteriori, essendo le loro forma quella in uso in quel tempo, ossia veri rescritti. Il codice gregoriano, che comunemente è nominato prima dell'altro, era il più compiuto, e come pare il più antico: se ciò è vero, l' ermogeniano potrebbe essere considerato come un supplemento: in nessun modo però vuolsi intendere una tale sua qualità troppo rigorosamente, giacchè leggonsi molte costituzioni nell'uno come nell'altro (5). Entrambi furono molto in uso; erano nel novero delle fonti principali del dritto vigente in occidente ed oriente: ma rispettivamente a questo Giustiniano li annullò, avendone inserito il contenuto nella sua legislazione.

V' è qualche cosa di speciale da osservare relativamente al modo, onde tali libri ci pervennero. Non può mettersi in dubbio che noi abbiamo la massima parte delle costituzioni, ch' essi contenevano (sebbene non in tutta la loro piena interezza), stantechè gli autori del codice giustinianeo ne trassero profitto, e le costituzioni che vi si contengono anteriori a Costantino dovettero tutte o quasi tutte essere prese da essi (6). Per contrario le fonti immediate, dalle quali ci fu dato altresì a conoscere la loro forma di collezioni, sono tanto incompiute, che ci è possibile formarcene appena una idea molto imperfetta; che anzi il numero delle costituzioni, delle quali abbiamo la certezza, che facessero parte dell'una o dell'altra opera, più verisimile fra tutte le opinioni, che sono qui possibili. Molti opinarono che quelle costituzioni fossero state accolte nel codice gregoriano in occasione d' una posteriore revisione: ed a tal fine si mette a profitto l' osservazione di Sedulio: *Hermogenianum doctissimum iuris latorem tres editiones sui operis confecisse*, che si riporta forse al codice. Una tale opinione suppone altresì la necessità di far risalire di molto la prima origine dell' opera, necessità che al tutto non esiste.

(1) Einneclo, *Histor. iur.* §. 369.

(2) *Coll. leg. mos. et rom.* VI. 5. Vi si osserva espressamente, che la stessa costituzione trovisi parimenti nel codice gregoriano sebbene con una data differente (290).

(3) Cuiacio vi fece la seguente emenda: *ex corpore theodosiano*, ed inserì le sette costituzioni in questo codice II. 9. *de pactis*. Per le recenti scoverte è indubitato, che non vi appartengono: Wenck, *Cod. theod. libri quinque priores* p. 109. e seg. not. X. Il più recente editore del codice ermogeniano propone un altro mezzo: egli opina, che il cod. teod. non abbia contenute le sette costituzioni, e che non lo fossero nè anche nel cod. ermog. e che a caso un copista l' avesse attribuite a questo, e che per un secondo caso l' autore della *consultatio* si fosse avvaluto d' un tale manoscritto; e che per un terzo infine siasi persuaso, che questo fortuito appendice facesse parte del codice. Non è questa certo la

(4) L. 5. *C. Th. de const. princ.* (1. 1).

(5) Huschke (*Gior per la scienza stor.* XIII. p. 9.) congettura, che il gregoriano fosse stato fatto per l' occidente, l' ermogeniano per l' oriente.

(6) Giustiniano nella costituzione d' introduzione al suo codice: *Const. haec quae necessario* pr. Const. *summa reipubl.* §. 1.

è piccolissimo: esso giunge per il gregoriano a circa 70, per l'ermogeniano a 38, dovechè secondo una notizia, che occorre nella *Collatio* (VI. 5.) il solo titolo *de nuptiis* conteneva nel codice gregoriano non meno di 32 costituzioni, e nel codice giustinianeo occorrono più di 1200 costituzioni di Diocleziano, che furono prese da quelle se non tutte almeno in massima parte. Quello che ci rimane di questi codici come tali è l'estratto brevissimo nella *romana lex visigotica* (*Breviarium*), che contiene del gregoriano 13 titoli (in tutto 22 costituzioni, ed in alcuni manoscritti anche delle altre a modo di appendice), dell'ermogeniano 2 titoli (ciascuno d'una costituzione): oltreacciò leggonsi alcune citazioni tratte da entrambi i codici nei frammenti vaticani, nella *collatio*, *consultatio*, nel Papiniano, ed in alcuni altri (1) quando senza, e quando colla indicazione del libro e del titolo, di cui formavano parte.

Gli editori di questi frammenti limitaronsi alcune volte al contenuto nel breviario (2), altre volte vi aggiunsero anche le costituzioni riportate altrove (3). A me sembra, che questi generalmente non ebbero una chiara coscienza di quello che intendevano fare. O vogliasi pubblicare soltanto le singole costituzioni, ed in tal caso l'editore potrebbesi convenientemente limitarsi a quelle, che non leggonsi in nessun altro libro giuridico: o si abbia il proposito di dare le intere collezioni, e quindi vi si dovrà aggiungere tutto quello che è proprio di esse come opere speciali, ed in particolare ristabilire l'ordine, la forma esterna i libri i titoli e le rubriche. Per una restaurazione però in qualche modo soddisfacente della forma primitiva di questi codici abbiamo tante poche date certe, che bisognerebbe contentarsi di ordinare queste date nel loro ordine apparente, invece, per esempio, di tentare per il codice gregoriano la restaurazione con 33 rubriche di titoli e con 70 costituzioni di un'opera, che conteneva centenaia di titoli, e migliaia di costituzioni.

Per una novella scoverta la storia del dritto nel quarto secolo si è aumentata di un novello fatto, ch'entra nella categoria di quelli già riportati. Intendo parlare dei frammenti d'una collezione di estratti di opere giuridiche e di costituzioni, che si è in uso denominare frammenti vaticani (4). La collezione fu fatta da ogni specie di fonti del dritto, che avevano autorità nella pratica. Gli estratti e le costituzioni sono divise in titoli con rubriche, delle quali sette ci pervennero almeno in parte. Per sei di questi titoli può indicarsi l'ordine, col quale seguivansi nell'opera, essendovi segnato il numero del quaterno (quattro pagine tagliate nel mezzo) sul quale erano scritti nel manoscritto: 1) *ex emto et vendito* (questo titolo trovavasi nel 6° quaterno del manoscritto: vi precedeva dunque il contenuto di altri cinque quaterni): 2) *de usufructu* (15° quat. diviso conseguentemente dall'anteriore per un considerevole numero di titoli): 3) *de re uxoria et dotibus* (15° quat.); 4) *de excusatione* (25° quat.); 5) *quando donator intelligatur revocasse voluntatem*: 4) *de donationibus ad legem cinciam* (i due ultimi titoli sono nel 29° quat. il solo quasi intero, stantechè per gli altri si è conservata soltanto una parte dei fogli). Vi si aggiungono altri due fogli senza indicazione del loro posto, sicchè dovevano essere nel mezzo d'un quaterno, e che contengono alcuni frammenti del titolo *de cognotoribus et procuratoribus*. Questi frammenti sono per noi inestimabili rispettivamente al loro contenuto, ma ben altra cosa deesi dire quando si considerano nella loro qualità di collezione, e per lo scopo, che si potè avere formandola. Era di moltissima estensione, ma come sembra, accumulata senza alcun concepimento del materiale. Noi non possiamo supporre nell'autore nessun altro proposito, che uno direttamente pratico (5); ma può difficilmente comprendersi, come una tale opera avesse potuto tener le veci di qualunque altra opera giuridica per un giudice, e quale utile avesse potuto farsi d'una moltitudine di frammenti confusamente sparsi, in parte ripetentisi, alcune volte contradicentisi (per esempio §. 168 e 164 dei frammenti), e contenenti un dritto incontestabilmente anticato. Potrebbesi credere, che questa collezione formasse soltanto

(1) Witte, *Nel giorn.* di *Richter* 1837. p. 194.

(2) Per esempio, Sichard 1628, ed il *ius civile anteust. berol.*

(3) Ciò fu fatto nel modo più compiuto (senza inserirvi le incerte) dal più recente editore, Hänel, nel *Corpus iur. anteiust. bonnens.* senonchè egli ha tralasciate per il codice ermogeniano le sette costituzioni della *consultatio.*

(4) Sulla scoverta e sull'edizioni vegg. il precedente §. 104.

(5) Buchholz (nella sua edizione p. IV. XI) opina che l'opera fosse stata fatta per servire di manuale: ciò ci darebbe un concetto molto più tristo della intelligenza del suo autore. La ragione però, che vi si aggiunge, ch'essa contenga molto dritto antico, sembra essere molto leggiera per sostenere una tanto enorme stravaganza.

il primo disegno d'una opera, la cui esecuzione fosse stata posteriormente negletta (1).

È ignoto l'autore dell'opera: si è pensato ad Ermogeniano, e perchè un brano tratto dai *libri epitomarum L. 29. pr. D. de aot. unt.* 19) risponde per il contenuto ed in massima parte anche per l'espressione al §. 13 dei frammenti vaticani, si è supposta una identità fra le due opere. Ma appunto il confronto di questi due brani, e la loro varietà a lato a tanta simiglianza pruova il contrario. La simiglianza consiste soltanto in ciò, che i frammenti vaticani contengono un brano, da cui trae profitto anche Ermogeniano avendo dato ad esso una forma propria. Oltreacciò egli stesso dichiara di aver seguito in generale nella sua opera l'ordine dell'editto (2), dal quale era tutto diverso quello dei frammenti vaticani. La formazione dell'opera è circoscritta fra gli anni 372 e 438: di quell'anno vi è contenuta una costituzione (§. 37 dei frammenti), in questo fu pubblicato il codice teodosiano, che non solamente (come i due precedenti codici) non vi è mentovato (che sarebbe un argomento molto precario stante il modo, onde ci pervennero i frammenti), ma che dee essere di necessità più recente di quella collezione, altrimenti questa ne avrebbe tratto profitto per le costituzioni, alle quali il codice estendevasi, e di cui era l'unica fonte valida; il che non fu fatto.

B. Leges.

§. CXXXV.

Noi trattammo finora di quella parte del dritto vigente, ch'era tradizione del passato, e che in quel tempo denominavasi con ispecialità dritto antico, formando questo quasi esclusivamente l'obbietto delle collezioni, delle quali parlammo. A questo elemento stabile, e che non ha più alcuno svolgimento in se stesso sta incontro l'altro mobile e modificante se e gli altri, ossia la legislazione imperiale, in quella forma, ch'essa prese fin dal tempo di Costantino.

Il numero di queste novelle leggi crebbe tanto sotto Costantino ed i suoi successori, che una raccolta ordinata di esse per facilitarne l'uso addivenne un imperioso bisogno. Che prima di Teodosio II non si fosse data opera a raccogliere un materiale tanto ricco, com'era avvenuto per le costituzioni di antica data e forma, ne fu causa senza dubbio che per quelle leggi essendo ordinata una forma speciale, secondo la quale dovevano essere composte (da uffiziali speciali, *constitutionarii*), un lavoro privato sopra esse non avrebbe avuto corso senza un'approvazione speciale.

Sotto il reggimento di Teodosio II e Valentiniano III fu ordinata una raccolta di queste leggi a cominciare da Costantino; ch'eseguita sotto la pubblica autorità, sebbene fosse stata fatta nell'impero romano orientale, fu pure ricevuta nell'occidentale. È questo il codice, che fin da quel tempo fu detto *codex theodosianus*. La sua storia è la seguente.

Nell'anno 429 fu comunicata dal governo romano orientale al senato la determinazione di raccogliere sull'esempio del codice gregoriano ed ermogeniano le costituzioni da Costantino fino al tempo presente, sia che fossero editti, sia che avessero per altro modo una forza generale legislativa. La collezione doveva essere ordinata secondo le materie, sicchè una medesima costituzione, quando riferivasi a differenti obbietti, doveva essere divisa e spartita fra i differenti titoli: fu altresì ordinato che vi si dovessero ammettere soltanto le parole dirette, che contenevano il principio di dritto, tralasciando le altre aggiunzioni del legislatore: che le leggi modificate da leggi posteriori non perciò solo dovessero essere lasciate, che per contrario si avesse ad indicare per ciascuna accuratamente l'epoca, ed osservare nei titoli la loro succesione cronologica, acciocchè si potesse conoscere, quale legge dovesse essere preferita nel caso di contradizione. Per la compilazione furono scelti otto ufficiali (*illustres* e *spectabiles*) ed un avvocato (3).

Fino all'anno 435 nulla fu attuato. In questo fu dato un novello ordine, che ripeteva il precedente (4), e dava oltracciò ai delegati la capacità di fare dei cam-

(1) Essa ricorda esternamente il summentovato disegno teodosiano (§. 134.) ma non può essere una esecuzione di questo non essendo formato il codice teodosiano. Sarebbe piuttosto possibile, che un tale disegno fosse stato cagionato da essa, e che le parole della L. 5. *C. Th. const. princ.* (1. 1.): *erit alius, qui nullum errorem, nullas patietur ambages* accennino ad un tale tentativo precedente e non riuscito.

(2) *L. 2 D. de statu hom.* (1. 15.).

(3) Tutto questo è contenuto nella *L. 5. Th. de const. pr.* (1. 1), recentemente scoverta che leggesi anche nel protocollo romano del senato, che contiene parimenti il summentovato disegno d'un secondo codice (§. 134).

(4) L'obbietto è indicato nel seguente modo: *omnes edictales generalesque constitutio.*

biamenti nelle singole leggi. Il lavoro fu commesso a sedici ufficiali, parte *illustres*, parte *spectabiles* (1).

In febbrajo del 438 fu infine pubblicato il codice teodosiano, coll' ordinamento, che dal 1 gennaro 439 dovesse valere da Costantino fino a quel tempo come la sola fonte del *ius principale*, facendosi eccezione solamente per alcune regole amministrative (2). Con esso non fu negata la validità del codice gregoriano ed ermogeniano, che riferivansi ad un' altra specie di fonti. Nel medesimo anno (438) questo codice fu presentato al senato in Roma.

Esso contiene una moltitudine immensa di costituzioni divisa in un gran numero di titoli e rubriche compresi tutti in 16 libri: in ogni titolo vedonsi ordinate le singole leggi nella loro successione cronologica. L'ordine dei primi cinque libri è modellato su quello dei commentari dell'editto: essi comprendono la massima parte delle costituzioni relative al dritto privato. Segue dal sesto fino all' ottavo libro il dritto amministrativo e costituzionale, nel quale vedonsi innestate alcune materie di dritto privato; nel libro nono il dritto penale, nel decimo ed undecimo quello delle finanze, al quale sono aggiunte alcune materie di procedura, nel dodicesimo e quindicesimo principalmente la costituzione ed amministrazione delle città e di altre corporazioni, nel sedicesimo le leggi sopra materie religiose.

Il codice teodosiano ci venne trasmesso parte in un estratto, che leggesi nel *Breviarium*, e nel quale non solamente sono tralasciate molte costituzioni, ma interi titoli (*codex theod. epitomatus*), parte in manoscritti fatti sul codice vero ed originale. Se questi ultimi fossero compiuti, sarebbe ozioso parlare del codice teodosiano quale è contenuto nel Breviario, ma perchè non lo sono, siamo sempre obbligati volgerci a quell'estratto per la conoscenza d'una parte considerevole d' un tal codice. Vi si aggiungono alcune costituzioni, che citate come appartenenti al codice leggonsi parte nel solo breviario, parte nel codice originale (3).

Fin dal sedicesimo secolo possedevansi manoscritti incompiuti del codice originale coi quali fu possibile compiere, ed in parte rendere anche inutile l'estratto visigotico. Un di questi manoscritti fu adoperato da Tilio per gli ultimi otto libri nella sua edizione (Par. 1550. 8.) (4): con un altro compì Cuiacio il sesto fino all'ottavo libro nella sua edizione (*Lugd.* 1566. fol. e con altre giunte particolari Par. 1586. fol.). Da questo tempo servirono di fonte per le varie edizioni e per gli ultimi undici libri i manoscritti del codice originale, per i primi cinque per contrario, e per l' introduzione del sesto (Tit. 1. e principio del tit. 2.) quelli del breviario. Sicchè fino ai tempi più recenti conoscevasi la parte del codice, la quale per noi è la più importante, soltanto dall' estratto visigotico.

Più recenti scoverte giovarono sì a rendere più compiuti gli undici ultimi libri come altresì ad aggiungere molte cose ai primi cinque, le quali fino a quel tempo erano mancate nelle varie edizioni. Queste ultime aggiunzioni sono le più importanti. La prima delle scoverte che vi si riferiscono è quella di Peyron in Torino, che in un manoscritto trovò 44 folii scritti una seconda volta, il cui testo primitivo era il vero codice teodosiano, e dai quali particolarmente i primi cinque libri ricevettero importanti aggiunzioni. Peyron à ristaurati questi frammenti nel 1820, e li à pubblicati nel 1823 (5). Indi Clossio trovò (1820) nella biblioteca ambrosiana in Milano un manoscritto del breviario, nel quale il copista aveva inseriti molti frammenti tratti dal codice originale, ch' egli doveva aver presente anche in manoscritto. Esso contiene: 1) il protocollo dell'adunanza del senato romano, nella quale fu pubblicato il codice teodosiano : 2) una indicazione delle rubriche del Codice teodosiano nel breviario coll'aggiunzione di molte altre giunte prese dal vero codice : 3) il codice quale occorre nel breviario fino al quarto titolo del secondo libro, ed inoltre 78 novelle costituzioni, che non fanno parte del breviario. Clossio à pubblicato tutto questo. Wench con molta intelligenza ha riunite le due scoverte, avendo data opera altresì ad

nes, ossia tutte quelle, ch' erano comprese nel concetto generale di *leges*, ma non le sole pubblicate per tutto l' impero, ma anche quelle per le singole province o paesi.

(1) *L. 6. C. Th. de const. princ* (recentemente scoverta).

(2 *Const. de Theodosiani codici auctoritate.*

(3) Le *leges* che leggonsi nel codice giustinianeo del tempo, per il quale si estende il teodosiano, furono tratte tutte da questo sebbene non senza molti cambiamenti.

(4) Il manoscritto di Tilio fu novellamente scoperto da Niebuhr nella biblioteca vaticana. *Gior. per la scienza stor.* III. p. 409.

(5) Con eccezione del 14 folio, ch'egli trasandò nella sua edizione, e che Vesme novellamente à ritrovato, Hänel, *Cod. theod.* p. VI.

una edizione dei primi cinque libri, quali risultano da queste scoverte (1).

Relativamente al testo del codice teodosiano, l'edizione di Hänel da servire per il *corpus iuris anteiust bonn.* è superiore a tutte le altre per il più accurato uso che vi è fatto di tutto quello, che le summentovate scoverte ed il confronto d'un grandissimo numero di manoscritti han potuto dare per i sedici libri. Essa tiene uno dei primi posti in questa parte della nostra letteratura (2).

Col codice teodosiano l'unità del dritto fu novellamente ristabilita nelle due parti dell'impero. Nondimeno l'esperienza generale pruova, che una tanto vasta legislazione lungi di ridurre al silenzio l'attività legislativa, la sveglia piuttosto e l'eccita. Previdesi, che nella corte romana orientale sarebbe apparso un gran numero di leggi particolari, che sarebbero state aggiunte come supplemento al codice: la stessa cosa potevasi attendere dall'altro governo. Per conservare da una parte la unità della legislazione e limitare dall'altra la troppo grande fecondità di essa, la quale avrebbe potuto facilmente e di nuovo minorare il beneficio della collezione, convennero i due governi nel pensiero, che le costituzioni, che sarebbero pubblicate nel tempo a venire dall'uno, comunicate all'altro sarebbero parimenti pubblicate da questo (conservato il dritto delle possibili eccezioni o cambiamenti), e che senza ciò non avrebbero alcuna forza generale (3). Simiglianti leggi particolari furono dette in opposizione del codice *novellae leges*. Il nome accenna a tutte le leggi non contenute nel codice (4) ma particolarmente alle posteriori, giacchè soltanto queste erano valide, intendendosi le precedenti annullate col codice.

Per effetto d'un tale accordo Teodosio (447) pochi anni prima della sua morte inviò a Valentiniano una serie di leggi ch'egli aveva pubblicate fin dal tempo della formazione del codice, scusandosi di avere ritardato fino a quel tempo (5). Ci è altresì pervenuta la legge di Valentiniano, colla quale (448) conferma e pubblica quelle novelle (6). Queste novelle di Teodosio formano la prima delle collezioni di novelle, che furono posteriori al codice teodosiano, essa ebbe una origine al tutto naturale e cronologica essendo state composte in un tutto soltanto per essere inviate. Anche il successore di Teodosio, Marziano fece, pervenire alla corte occidentale un numero (minore) di novelle dall'anno 450 fino al 455.

Noi non abbiamo pruova certa, se gl'imperatori occidentali facessero la stessa cosa per le loro costituzioni. Può nondimeno ritenersi, che il governo di Valentiniano non abbia mancato di ciò fare, che anzi ogni legge era forse comunicata al governo orientale immediatamente dopo la sua pubblicazione. Può dirsi, che a ciò si riferisca la scusa di Teodosio, di avere indugiato sì lungamente ad inviare le sue leggi. Ciò dovette avvenire fino alla morte di Valentiniano (455): anche le novelle di Marziano non vanno oltre questo tempo, a cominciare dal quale le relazioni fra i due governi allargaronsi. Maiorano, Severo, Antemio difficilmente comunicarono le loro leggi. Anche Leone che come successore di Marziano governò in Oriente contemporaneamente a questi non comunicò alcuna sua legge all'Occidente, fatta eccezione per il tempo di Antemio, al quale era stato di soccorso per salire sul trono: Antemio pubblicò una legge di Leone inviatagli a sua propria richiesta e non in esecuzione del precedente accordo fra i due governi (7). Anche un tal fatto pruova, che la trasmissione non avveniva più regolarmente: nondimeno in quanto alla forma si tenne sempre alla congiunzione dei due imperi, stantechè gli editti non furono denominati dal solo imperatore, che ne era autore, ma anche dal suo contem-

(1) *Cod. Theod. libri* V. *priores* etc. Lips. 1825. 8. con note critiche, ed esegetiche.

(2) *Codex theodosianus. Ad* LIV *libr. manu scriptorum et prior. edition. fidem regnavimus etc.* Gust. Hänel. 1842. 4. Fin da questo tempo Carlo de Vesme à cominciato a pubblicare in Torino una edizione del codice teodosiano (v. *Giorn. crit.* 1844, p. 785. e seg.) nella quale ha inserito nei primi tre libri 23 costituzioni da lui non volute comunicare all'editore tedesco, e come noi avvertimmo rimaste non stampate per un semplice caso fortuito, avendo altresì fatto proprio senza alcun pudore tutto il lavoro critico e storico di Hänel. Tanto meritava l'editore tedesco per la illimitata modestia, generosità e gli amichevoli riguardi da lui usati verso l'editore italiano.

(3) Questo era stato già detto nella legge del 429 *L.* 5. *C. Th. de const. princ.* (L. 1.) fu ripetuto nella patente di promulgazione del C. Teod.

(4) *L.* 6. *in f. C. Th. de const. princ*: — *nullum extra se novellae constitutionis locum relicturi, nisi quae post editionem huius fuerit promulgata.*

(5) *Novell. Theod.* Tit. 1.

(6) *Novel. Valent.* Tit. 26.

(7) *Nov. Anthem.* tit. 2. (468). Una tale legge è contenuta nel: *tit.* 3. *pr.* §. 1. Veg. Hänel nella sua edizione p. XXVIII.

poraneo nell'altra parte dell'impero: sicchè il luogo della data, e quello altresì degli ufficiali, ai quali la legge è diretta, rimane il solo segno esterno di riconoscimento della sua origine.

Ma quand'anche fosse certo, che le novelle di Valentiniano fossero state comunicate alla corte orientale romana, con ciò non sarebbe deciso, che vi avessero avuta una validità pratica. Le novelle di Teodosio e di Marziano furono realmente accolte in occidente: per quelle del primo ci è pruova la citata legge di Valentiniano, per entrambe il fatto di essere state inserite nella collezione, della quale faremo parola appresso. La stessa cosa può dirsi della legge di Leone. Per contrario deesi affermare, che le novelle degl' imperatori occidentali sia che fossero state trasmesse o pur nò, non furono ricevute come leggi in oriente: ciò manifestasi dal fatto molto importante, che nessuna di queste novelle occorre nel codice giustinianeo (1).

Di tutte queste novelle di Teodosio, Valentiniano, Marziano, Maiorano, Severo e di Antemio fu fatta in Occidente una o più collezioni, sebbene non se ne conoscessero gli autori ed il tempo (2). La più compiuta di queste collezioni è divisa in sei parti d'ineguale grandezza, delle quali ciascuna contiene le novelle d'un imperatore. Le novelle sono distinte in titoli colle rubriche del contenuto, di cui è ben raro che uno contenesse più d' una novella. Una di queste collezioni fu inserita in estratto nel *breviarium* fatta eccezione delle novelle di Antemio. Trovansi però dei manoscritti, che sono più compiuti degli ordinari del breviario (3): queste aggiunzioni furono causa che si modificasse l' ordine dei titoli e delle novelle, per il quale si differenziano fra loro i manoscritti e l'edizioni. Un ordine per quanto era possibile, più sicuro è stato stabilito del più recente editore delle collezioni delle novelle (4).

Il dritto romano tra i popoli germanici.

§. CXXXVI.

Per il solo fatto, che la parte occidentale dell' impero romano soggiacque al dominio germanico, non mutarono perciò le condizioni giuridiche di essa, quali noi le abbiamo descritte. Continuarono posteriormente come prima ad avere forza legislativa i libri di dritto, e le collezioni delle costituzioni fino allora formate. Senonchè coi popoli invasori s' introdusse in questi paesi un novello dritto, col quale essi vivevano, e da cui il precedente dritto si distinse con una denominazione speciale, essendo detto, *lex romana* nel linguaggio di quel tempo. Entrambi rimasero divisi, avendo ciascuno un giro speciale di applicazione valendo l' uno per i popoli germanici, l'altro per i Romani, sebbene non possa sconoscersi il potere dell' uno sull' altro nelle singole materie.

Nella storia del dritto romano nel medio evo di Savigny noi abbiamo una trattazione compiuta delle vicende d' un tal dritto nei regni germanici. Questa è fuori i termini del nostro lavoro: la medesima cosa vale pur i codici romani, che vi furono fatti. Quelli dei Visigoti e dei Borgognoni furono citati da noi sovente come mezzi di tradizione delle fonti del dritto romano: è sotto questo aspetto letterario, che noi intendiamo parlarne più particolarmente (5).

Nel regno di Visigoti, ch' erasi costituito in una parte della Gallia e della Spagna sentissi il bisogno sotto il reggimento di Alarico II (484 — 507) d' im-

(1) Debbo la conoscenza di questo fatto alla osservazione di Hänel, *de costitution. sirmond.* (1840) p. 13, *not. un.; usi sunt iustinianei codicis compositores orientis imperatorum novellis, neque vero novellis eorum, qui in occidente fuerant, Valentiniani, Maiorani, Severi et Anthemii* Vegg. altresì la sua edizione delle Novelle p. XVIX. not. 246.

(2) Hänel, nella sua ediz. p. XXIX e segu.

(3 Per esempio quello di Ottobono, e posteriormente del Vaticano, del quale si è giovato *Zirardinus, Faventiae* 1766, 8, ed *Amadutius, Rom.* 1767. fol.

(4) Questa più recente edizione è quella di Hänel fatta per il *corpus iuris bonn.* ed anche pubblicata isolatamente: *novellae const. imp. Theodosii etc. ad XLII libr. manu scriptorum et prior edit. fidem recogn. etc.* 1844. Essa possiede tutti i pregi, che possonsi aspettare dalla più indefessa attività di questo dotto e preclaro giureconsulto. Delle precedenti edizioni soltanto quella di Golofredo ha un pregio speciale per l' annessovi commentario (è unita a quella del Cod. teod.). Hänel ha trovati in alcuni manoscritti alcuni cenni sulle novelle di Massimo, ed in uno un frammento monco, che presumesi essere una parte d'una di queste novelle. Egli ha stampato un tale frammento di poche linee sotto il titolo: *legum novell. D. Maximi fragmentum de summa siliqualici* fra le novelle di Valentiniano a Marziano.

(5) Vegg. Savigny, *Storia del dritto romano nel medio evo* II cap. 7. 8.

prendere una riforma giuridica sulle fonti romane del dritto, quali avevano continuato a valere per i sudditi romani. Il re fece compendiare la *lex romana* in un codice, che doveva contenere una compilazione delle fonti pervenute fino a quel tempo, e sostituirle per l'avvenire: ed a tale scopo vietavane l'uso nei giudizi. Fu promulgato nell'anno 506, ch'era il 22 del regno di Alarico, e nel seguente modo: fu trasmesso in altrettanti esemplari autenticamente eseguiti agli ufficiali superiori con un *commonitorium*, in cui è ricordato, che l'opera della pubblicazione era stata commessa al *comes palatii*, Gaiarico, dovendo Aniano accertarne gli esemplari colla sua sottoscrizione (1). Il codice non ebbe un nome particolare nella sua formazione: Aniano nella sua sottoscrizione lo denomina: *codex de theodosianis legibus atque sententiis iuris vel diversis libris electus*: potrebbe essere propriamente denominato *codex alaricianus*. Ma invece d'una tale denominazione fin dal 16 secolo fu comunemente detto *breviarium alaricianum* o solamente *breviarium*. Nei manoscritti è detto alcune volte *lex Theodosii* dalla parte principale di esso, altre volte col nome più generale *lex romana*.

Esso contiene principalmente un estratto del codice teodosiano in 16 libri, e poi una serie di novelle di Teodosio, Valentiniano, Marziano, Maiorano, e di Severo. A queste due parti più essenziali, che rappresentano le *leges*, segue il *ius* in questi frammenti: un lavoro sulle istituzioni di Caio (104. 16), un estratto delle sentenze di Paolo (104. 14) un altro dei codici gregoriano ed ermogeniano (§. 135), un frammento del *lib.* I *responsorum* di Papiniano (2).

A tutti questi frammenti, fatta eccezione per il solo lavoro sulle istituzioni, vi è aggiunta una *interpretatio*. Questa è fatta dagli stessi autori del codice, è innestata nei punti particolari, che ne davano l'occasione, e contiene alcune volte l'esposizione d'un dritto novello, dal quale l'inserito brano verrebbe modificato, altre volte dei richiami ad altri luoghi del libro, altre volte infine un semplice commentario.

Il breviario ci fu trasmesso in moltissimi manoscritti più o meno compiuti: in alcuni dei quali s'introdussero delle aggiunzioni, che sono estranee allo stesso codice. Di tal natura è un complesso di frammenti tratti dal codice gregoriano, ermogeniano, teodosiano e da Paolo; dove le parole *institutio Gregoriani* (che si riferiscono al solo codice gregoriano) hanno indotto Klenze nell'errore di ammettere e voler ristaurare un libro speciale di dritto sotto questo titolo (3). Dall'altra parte molti manoscritti sono incompiuti alcune volte per caso, altre volte volontariamente: molti contengono altresì delle modificazioni eseguite secondo un determinato scopo per esempio per la Lombardia il così detto *codex utinensis*, per il regno dei Franchi le *summae legum* ecc. (4).

Anche fra i Borgognoni dettesi opera sulle fonti romane del dritto ad un codice da servire per i Romani della Borgogna. Nel prologo alla *lex Burgundiorum (Gundobada)* dell'anno 517 il re Sigismondo ordina agli ufficiali di far giustizia ai Romani secondo le *leges romanae*; e perchè niu-

(1) Se molti antichi giureconsulti ne ritengano Aniano per l'autore, furono tratti in errore soltanto dalla menzione di lui nel *commonitorum*.

(2) Nella interpetrazione alla *L. 2. C. Th. de dotib.* (3. 13) è detto: *de retentionibus vero, quia hoc lex ista non evidenter ostendit, in iure, hoc est in Pauli sententiis sub titolo de dotibus requirendum, aut certe in Pauli responsis sub titulo de re uxoria.* Da ciò non segue, che il codice alariciano avesse parimenti contenuto i responsi di Paolo, ma solo che la collezione fu fatta senza alcun intimo concepimento del tutto, e che ogni cooperatore avesse compiuta la sua parte indipendentemente dagli altri, giacchè anche il citato brano delle sentenze non vi si trova. Secondo il modo che vi si tenne, avrebbesi potuto continuare a proprio talento all'infinito, ma vi si pose fine arbitrariamente, stantechè il lavoro era già venuto a noia.

(3) Klenze, *Istitutio Gregoriani* pubblicata per la prima volta dal manoscritto di Pithou, ed ora berlinese. *Gior. per la scienza stor. del dritto* IX. 10. Veg. per contrario Hänel nel giorn. di Richter 1838. p. 487. e nella sua edizione del breviario p. XXI.

(4) Del breviario astrattamente dai singoli frammenti vi ha una sola edizione, ed è quella di Sichard: *Cod. Theod. libri* XVI. *etc.* Basil. Una più recente edizione è quella di Hänel, pubblicata sotto il titolo: *Lex romana Visigotorum Ad* LXXVI *librorum manu scriptorum fidem recognovit, septem eius antiquis epitomis, quae praeter duas adhuc ineditae sunt, titulorum explanatione auxit, annotatione, appendicibus prolegomini instruxit Gustavus Haenel Lipsiensis. Editio post Sichardum prima* 1849: Questa sorpassa tutte le aspettative, che aveva fatte concepire un lavoro così lungo ed accuratamente eseguito di Hänel.

no potesse scusarsi per ignoranza, a ciascuno fu data in iscritto una *forma* ed *expositio* di esse. Secondo queste parole sembrerebbe ch'eravi probabilmente in quel tempo almeno un principio di compilazione. Il codice contiene in 47 titoli un lavoro formato dai frammenti delle fonti romane del dritto, presi in parte dal breviario, in parte immediatamente da quelle, aggiungendovisi alcune leggi dei re propri e nazionali : esso segue l'ordine della *Gundobada*. Si suole denominarlo il Papiano, ed in fatti in un manoscritto molto antico prende il titolo: *Papianus lib.* I. *responsorum* (1). Questo persuase Cuiacio ad inserire in un tal codice il brano di conchiusione del breviario, che contiene realmente questo titolo (§. 104. nota XX) (2). Se nel fatto cominciasse da un tal brano la *lex romana* dei Borgognoni , ne sarebbe spiegato il nome originatosi dal principio dell' opera (come il nome *lex Theodosii* per il codice alariciano) Ma quel frammento di Papiniano non fa parte del codice dei Borgognoni. Mi sembra non al tutto improbabile, che presso i Borgognoni si avesse voluto denominare la novella *lex romana* dal più eccellente giureconsulto romano, sicchè soltanto l'aggiunzione *lib.* I. *responsorum* sarebbe un abbellimento apportatovi dai copisti e tratto dal breviario (3).

Al tutto differenti dalle condizioni del dritto nel regno dei Visigoti e dei Borgognoni furono quelle presso gli Ostrogoti, il cui re Teodorico (475 — 526) invase l'Italia consenziente l' imperatore Zenone, ed il quale, poichè la conquista ne fu compiuta (493), fu riconosciuto da Anastasio nel dominio di questa regione. Per quanto di fatto il governo degli Ostrogoti fosse al tutto indipendente dal romano orientale, pure rispettivamente al dritto il primo fu considerato come parte del secondo, il re come rappresentante dell'imperatore, le sue milizie come soggette al servizio dello stato romano. (4) Così avvenne, che la distinzione di dritto germanico e romano cessò, e fatte poche eccezioni per alcune materie speciali, su cui le idee giuridiche degli Ostrogoti continuarono ad esercitare un qualche potere, il dritto romano rimase esclusivamente valido non solamente per gli antichi abitanti del paese, ma anche per i popoli vincitori. Le stesse denominazioni di Goti o barbari e Romani non accennavano alle diverse nazionalità, ma ad una differenza di occupazione, essendo detti Goti i soldati, e Romani quelli che non lo erano. In questo stato di cose molti re Ostrogoti, ed in ispecie il primo Teodorico, crederono opera utile alla vita umana, e particolarmente alla istruzione dei Goti raccogliere le leggi romane, ed in tal modo pubblicare i più importanti principii del dritto romano. È questo il contenuto dell'*edictum Theodorici*, che non può collocarsi come comunemente si suole nell'anno 500 ma dopo il 506 (5). Un tal contenuto fu tratto dalle leggi imperiali o dagli scritti di Paolo, *sententiae et responsa*, la cui forma primitiva venne però cancellata e sostituita da un'altra al tutto nuova (6).

Legislazione di Giustiniano.

§. CXXXVII.

Se noi imprendiamo a parlare più particolarmente ed attentamente dell' attività legislativa d'un solo governo, ne è causa il potere , ch' essa si ebbe sul dritto romano come dritto applicabile per gli altri popoli. Un tale potere fu in parte sostanziale, stantechè sotto Giustiniano molti importanti cambiamenti avvennero in dritto , in parte riguarda la forma , che fu data alle fonti del dritto. Si per l'uno come per l'altro rispetto nessun precedente governo ebbe quella importanza, che si avviene a quello di Giustiniano. Esso è la porta, per la quale passò il dritto romano per diffondersi su tutto il mondo, dopo ch'ebbe presa la veste, che abilitavalo ad una tale emigrazione.

(1) *Gior. per la scienza stor.* IX p. 237. e seg.

(2) Il nome di Papiniano occorre ordinariamente così monco nei manoscritti.

(3) Molte edizioni furono fatte d'un tal codice : la migliore è quella di Barkou : *Lex Romana Burgundorum Gryphisw*. 1826. 8. il quale prenderà cura anche della edizione per il *Corpus iuris anteiust. bonnens.*

(4) Ne è pruova fra le altre, che le monete fatte coniare dai re degli Ostrogoti portano sulla parte davanti l' imagine dell' imperatore, e sul rovescio quella del re.

(5) Nel testo abbiamo dato il risultato di una ingegnosa e dotta investigazione, che fu proposta da Glöden, *il dritto romano nel regno degli Ostrogoti* 1843.

(6) Perchè le fonti, dalle quali la legge è tratta, hanno al tutto deposta in questa la loro forma romana, finora fu inserita non nelle collezioni del dritto romano, ma in quelle del dritto germanico. Il *corpus iuris bonn.* però la conterrà, come conterrà parimenti un' altra di simigliante natura : *edictum Atharici*. (vegg. Gretschel , *ad ed. Athal. regis Ostrog.* 1828) La migliore edizione dell'editto di Teodorico è quella di Rhon: *Comm ad ed Th. reg. Ostroh. Hal.* 1816 4.

A Giustiniano si connettono fatti storici giuridici tanto importanti, che non possiamo fare a meno di dare alcune notizie sulla sua personalità. Era slavo di origine, nato nell' Illiria in Taurisio; il suo padre addimandavasi Sabbazio, la sua madre Biglenìza, egli stesso Upraudа: il nome di Giustiniano dovette essere sostituito posteriormente allo slavo, al quale fu poi aggiunto il nome di Flavio, chè tutti gl' imperatori da Costantino in poi solevano prendere. Il suo zio Giustino associosselo all'impero il 1 aprile 527, ed il 1 agosto dello stesso anno ne rimase per la morte di Giustino il solo dominatore, nell'anno 45 della sua età.

Il suo carattere e le sue conoscenze furono per lungo tempo obbietto di animate controversie. Le più svariate opinioni furono espresse a tal proposito, e difese tenacemente. Mentre alcuni gli attribuirono una vasta dottrina, altri lo rappresentarono come ignorante a tal segno da non potere nè leggere, nè scrivere. Quest'ultima opinione si fonda sopra una intelligenza manifestamente erronea d' un brano, che non parla di lui, ma di Giustino. Il suo carattere morale non fu meno un obbietto di controversie. Secondo alcuni furonvi pochi vizii, ai quali non fosse rotto: la più grande immoralità, sentimenti bassissimi, una schifosa avarizia furono i principali colori d'una tale pittura: secondo altri fu un modello di tutte le virtù, ed a ciò non di rado doverono servire di pruova le belle parole, che suonano nelle sue costituzioni. Questi dispareri furono cagionati particolarmente dal doppio modo di esprimersi del suo storico Procopio, il quale scrisse una storia officiale del governo giustinianeo, in cui questi è posto nella luce la più brillante. Nel 17 secolo però fu scoverta nella biblioteca vaticana una *historia arcana*, pubblicata la prima volta nel 1624, e che è appunto la palinodia di quella, nella quale la personalità di Giustiniano, e della sua moglie Teodora, che precedentemente era stata in cattiva fama come attrice da teatro, sono ritratte coi colori più neri. Una tale scoverta offese i giureconsulti, ch'erano abituati ad incarnare il dritto romano nella persona di Giustiniano, sicchè molti scritti furono pubblicati in contrario, nei quali cercossi difendere l' Imperatore, e quello che raramente seppesi distinguere da lui, la sua legislazione, ed anche il dritto romano, dagli effetti di quella calunnia.

Non è dubbio, che Procopio rende sospetto ciascuno dei due scritti per mezzo dell' altro. Per descrivere il carattere di Giustiniano rimane un termine medio fra quei due estremi, sicchè noi possiamo attribuirgli una qualche coltura, un sentimento per l' ordine, ed un' attività intraprendente, e riconoscerlo perciò per uno dei migliori governanti di quel tempo, ma dall'altra parte non può sconoscersi che a quelle lodevoli qualità associava l' avarizia, la vanità ed il difetto d' una durevole fermezza di spirito.

In simigliante modo furono ripetuti i biasimi e le lodi per l' uomo, col cui soccorso particolarmente Giustiniano produsse quei frutti, che formano l'importanza storica e giuridica del suo governo. Questi era Triboniano, che nella corte imperiale fu la persona la più autorevole per l'amministrazione interna. Nel 531 per effetto d' un tumulto popolare n' ebbe congedo: ma bentosto fu richiamato in attività, e vi rimase fino alla sua morte (545). Egli aveva una coltura straordinaria per il suo tempo ed un carattere pieghevole: per avarizia non era da meno del suo signore: e per l' intelligenza di molte leggi di Giustiniano non credo ozioso osservare, che anche nell'attività legislativa fu accessibile alla corruzione in un grado sorprendente anche in quel tempo, ch'era già per se stesso tanto corrotto. In lui parimenti fu personificato sovente il dritto romano, quasi ne fosse stato egli il principale autore: errore ridevole, che oggi non occorre più presso i giureconsulti, ma bene in altri scrittori.

§. CXXXVIII.

Quando Giustiniano imprese a dominare, le condizioni giuridiche dell' impero romano dal quale era stata disgiunta l' intera parte occidentale, erano le seguenti. Gli scritti dei giureconsulti autorizzati valevano come fonti del dritto con autorità legislativa, fatte poche eccezioni: ed il modo da tenersi nell'uso di essi era ordinato anche legislativamente: Certo il più gran numero di essi potevasi trovare soltanto nelle particolari biblioteche: non pochi erano al tutto perduti, ed un piccolo numero era comunemente in corso fra gli ufficiali e gli avvocati. A quelli aggiungevansi le costituzioni raccolte nei tre codici, le novelle di Teodosio e di Marziano, e le singole leggi degl' imperatori orientali posteriori (1).

(1) Le summentovate collezioni di novelle non avevano vigore in Oriente (§. 136): *novellae leges* erano dette in generale le più recenti leggi particolari dopo il codice teo-

Non erano ancora trascorsi cento anno dal tempo dell'ultima parziale riforma del dritto fatto da Teodosio e da Valentiniano: ma le condizioni di coloro per i quali erasi originata la massima parte del dritto, eransi cambiate moltissimo: vedevasi in molti punti una discordanza manifesta fra il dritto, quale leggevasi nei libri, che avevano forza legislativa, e quello applicato nella pratica giudiziaria. Questo non sarebbe stato un male tanto grande in un tempo di attività scientifica, il cui lavoro avrebbe avvicinato e conciliato il dritto scritto coi bisogni del presente. Ma in quel tempo stante il predominio e l'insufficienza dello studio della parola tutto era rimesso al caso ed all'arbitrio. Fin dal tempo di Teodosio II erasi già fatto sentire il bisogno di elaborare gli antichi materiali del dritto per l'applicazione pratica: si venne anche ad esprimerne il proposito da parte del legislatore, ma non fu attuato. Nondimeno quando un pensiero si è svolto fino a questo punto, una tale parola non suole rimanere senza effetti: occorreva solo, che vi fosse un governante, che avesse un sentimento bastantemente risoluto per una tale attività, e per un felice caso potesse disporre altresì dei mezzi opportuni. Questo fu adempiuto da Giustiniano, per opera del quale quel pensiero fu fecondo d'un frutto molto superiore agl'infelici prodotti, dei quali dovettero accontentarsi i Romani visigoti e borgognoni. Quello, di cui si abbisognava si era, dare alle fonti del dritto una forma facile, conforme alla forza di concepimento del tempo, e che si prestasse alla pratica, ristabilendo colla scelta e con alcuni cambiamenti un dritto scritto ed applicabile alla realtà. A tal proposito potevasi tenere un doppio modo: o amalgamare in un sol libro tutte le fonti del dritto, *ius et leges*, come ne fu concepito il pensiero sotto Teodosio, o ridurre in un tutto distinguendole fra loro le due parti principali del dritto, gli scritti giuridici e le costituzioni. Quest'ultimo modo raccomandavasi meglio stante la considerevole moltitudine dei materiali ed anche la possibilità d'una divisione del lavoro, ch'era desiderabile per differenti motivi: giacchè quel materiale formava due metà naturali, una tale divisione non tornava a discapito della cosa. E questo avvenne realmente: ma non sarebbe ragionevole l'opinare, che Giustiniano ed i suoi consiglieri avessero data opera ad una parte del loro lavoro senza avere il concetto del tutto, e che fosse stato un pensiero sorto posteriormente quello di aggiungervi una seconda parte, alla quale in tutti i casi avrebbe potuto seguire anche una terza (1).

Il legislatore poteva proporre a se stesso un secondo quesito, che sarebbe il seguente: il materiale esistente doveva ricevere anche nei particolari una novella forma al pari dell'editto di Teodorico e della *interpetratio* nel codice alariciano, o bisognava accontentarsi d'una collezione conservando da una parte ai singoli frammenti, che vi erano compresi, la loro forma primitiva, e non escludendo dall'altra i cambiamenti necessari per accordare il dritto ai bisogni del presente? Giustiniano dice che il rispetto verso il passato e la giustizia che dovevasi rendere alla sua eccellezza lo avevano indotto a decidersi per quest'ultimo metodo. Ne fu principale motivo, che fatta quella prima elezione, una tale risoluzione della seconda quistione era anche la più naturale, e che il metodo opposto avrebbe richiesto un tempo ed una fatica, di cui non era facile prevedere gli effetti, ma che in ogni caso sarebbero stati molto più importanti di quelli da attendersi da questo metodo.

Nel 1528, sei mesi dopo la morte di Giustino cominciossi avanti tutto dalle costituzioni, per formare dai tre codici e dalle leggi posteriori una novella opera di costituzioni. Stante i lavori precedenti era questa la parte la più facile del lavoro; vi si aggiungeva, che questa parte del dritto era meglio conosciuta dal governo, e sembrava parimenti più d'ogni altra richiedere una riforma, giacchè il possesso delle collezioni delle costituzioni era indispensabile ad ogni magistrato, dovecchè per gli altri scritti giuridici credevano potersi limitare a loro piacere. Fu nominata una commissione di dieci individui, fra i quali Triboniano, sebbene non fosse ancora a capo dell'amministrazione, e Teofilo, *comes consistorianus* e professore di dritto in Costantinopoli. Ai tre codici ed alle leggi

dosiano. Nondimeno si manifesta dalla: « *Const. haec quae necess.* §. 2. (*in tribus veteribus codicibus, vel in quibus novellae constitutiones receptae sunt*) », che anche in oriente avevansi ed usavansi nei giudizii delle collezioni, forse delle novelle di Teodosio e di Marziano.

(1) Nell'annunziare per la prima volta i digesti non ne parla come d'un lavoro concepito posteriormente. Si è creduto scorgere qualche cosa di simile nel §. 2. della *Const. deo auct.* ma esattamente considerando può dedursene appunto il contrario. Per l'intelligenza dei codici giustinianei non è al tutto indifferente, se su questo punto si abbia l'una o l'altra opinione.

posteriori dovevasi sostituire un sol codice sceverandovi le parti oziose o contradicentisi, componendo accuratamente di più costituzioni una sola, quante volte ne risultava una maggiore chiarezza, ed apportando alle leggi particolari i cambiamenti creduti necessari. Le singole costituzioni dovevano essere spartite nei differenti titoli, ed in ciascuno di questi ordinate secondo la successione cronologica apponendovi anche la data (*dies et consul*), quando fosse conosciuta. Il codice doveva contenere tutte le costituzioni d'una forza legislativa generale, e non solo gli editti, ma anche i rescritti (1). In aprile dell'anno seguente (529) il lavoro era già compiuto, e fu promulgato sotto il nome: *codex iustinianeus* derogandovi agli antichi codici e singole costituzioni, e dichiarando, che anche quelle che trovavansi negli scritti giuridici non potevano essere allegate, quando fossero state cambiate o sceverate dal novello. Dal giorno 16 dello stesso mese doveva aver forza di legge (2).

Subito dopo questa riforma d'una metà del dritto si rivolse il pensiero alla seconda. Trascorsero invero quasi due anni, prima che si desse mano all'opera, che avevasi in proposito, ma anche in questo tempo dato ad altre faccende non perdettesi di vista il concepito disegno. Per la seconda fonte, sulla quale avevasi ora a lavorare, presentavasi avanti tutto una difficoltà, che aveva già attirata a se l'attenzione di Costantino, e posteriormente di Valentiniano, consistente nelle controversie agitate fra gli antichi giureconsulti. Pria di cominciare la collezione dei frammenti tratti dai loro scritti, parve indispensabile indicare ai compilatori come norma, quali opinioni avessero ad accogliere nel codice: nè volevasi rimuovere la difficoltà d'un modo tanto meccanico ed arbitrario qual'era stato quello tenuto da Valentiniano. Opinossi che nessun altro mezzo era più conveniente, che definire con leggi particolari le più importanti quistioni, ed indicare nello stesso tempo anche le istituzioni giuridiche, che ne dovevano essere sceverate come anticate. Vi si dette principio sulla proposta di Triboniano, e si fecero 50 simiglianti costituzioni preliminari, al quale numero rotondo fu creduto doversi arrestare, giacchè un tal modo di decidere non potendosi estendere a tutti i casi, era necessario rimettersi per i rimanenti piuttosto al giudizio della commissione, che vi avrebbe adempito nell' eseguire il suo lavoro (3).

Queste costituzioni sono dette da Giustiniano *quinquaginta decisiones*, e la massima parte di esse, per quanto ci è possibile conoscerlo, è degli anni 529 e 530: sono considerate come una collezione speciale (4). Si è opinato, che queste decisioni non avessero alcuna connessione col disegno d'una composizione degli scritti giuridici, e che questo fossse stato concepito posteriormente (5); e si è aggiunto,che forse pure erasi sulle prime Triboniano persuaso, che bastasse per provvedere al bisogno d'una riforma di queste parti risolverne le controversie. Questa opinione si connette coll'altra al tutto erronea,che considera la legislazione giustinianea come un'opera d' improvvisazione. Che fosse il contrario, può dedursi dal modo, onde Giustiniano si esprime in occasione della revisione del suo codice delle costituzioni: *Cost. cordi* §. 1. *postea vero* (dopo la pubblicazione del primo codice) *cum vetus ius considerandum recepimus, tam quinquaginta decisiones fecimus, quam alias ad commodum propositi operis pertinentes plurimas constitutiones promulgavimus* (6), *quibus maximus antiquarum legum articulus* (particolarmente gli scritti giuridici) *emendatus et coartatus, omneque ius antiquum supervacua prolixitate liberum atque enucleatum in nostris institutionibus et digestis reddidimus.*

Alla fine dell'anno 530 fu commesso a Triboniano con un ordine speciale di formare

(1) Tutto questo è contenuto nella *Const. haec quae necessario* diretta al senato: 13 feb. 528. Come la seguente questa è nel novero delle costituzioni d' introduzione al codice.

(2) *Const. somma reipublicae* al prefetto pretorio Menna. 7. apr. 529. Si suole denominare questa prima compilazione delle costituzioni in un codice: *codex iust. vetus*, non è pervenuto fino a noi.

(3) §. *ult.* I. *de libert.* (1. 5.): *et dedititios quidem per constitutionem nostram expulimus quam promulgavimus inter nostras decisiones per quas suggerente nobis Triboniano, viro excelso, quaestore, antiqui iuris altercationes placavimus.*

(4) Che formassero una collezione speciale, potevasi già dedurlo dalle parole riportate nella nota precedente, e dal §. 16. I. *de obl. ex del.* (4. 1.) *L. un. C. de cad. tol.* (6. 51.): ora è pruovato dall'antica glossa torinese al §. 2. I. *de her. ab int.* — *sicut libro L. constitutionum invenies.* Savigny, *Stor.* ecc. II. p. 452.

(5) Biener. (*Stor. delle novelle* p. 5) vi adduce per ragione, che queste decisioni non sono ricordate nelle costituzioni relative alla composizione dei digesti.

(6) Particolarmente la derogazione di alcune istituzioni giuridiche, per esempio la *latinitas*, la *dediticia libertas*.

un codice dagli scritti dei giureconsulti, che diviso in 50 libri (*codex in quinquaginta libros digestus*) sarebbe detto *digesta* sull'esempio della ben nota opera di Giuliano, o *pandectae* (1). Non può negarsi, che il pensiero, qual' è esposto in questa ordinanza, aveva qualche cosa di grande e di straordinario. Avrebbesi potuto, quando si avesse voluto soddisfare soltanto al bisogno del tempo e del volgo, facilitare moltissimo l'opera col mettere a profitto alcuni scritti, che erano allora comunemente usati. Triboniano ed anche Giustiniano elevaronsi sul necessario e sullo stretto orizzonte del presente, formando da tutta la letteratura giuridica, quale possedevasi, un estratto accessibile alla intelligenza di coloro, che non potevano più usarne nella forma originale, e volendo innalzare un monumento per il futuro. Non furono riconosciuti come limiti nè l'uso giudiziario, ch'erasi circoscritto sempre più ad alcuni scritti, nè l'autorità tradizionale delle scuole, nè infine le leggi, che avevano tolta ogni forza legislativa ad alcuni scritti; una sola limitazione fu riconosciuta e fu quella di doversi mettere a profitto i soli giureconsulti, ch' erano realmente nel novero dei *iuris auctores*: vi erano escluse le opere posteriori, e che non avevano alcun pregio scientifico. Ma nello stesso tempo che formavasi un estratto dagli antichi scritti dovevasi rappresentare il dritto vigente e conforme ai bisogni presenti, sceverare l'anticato, rimuovere le contradizioni, evitare le ripetizioni, e nelle materie particolari apportarvi tutti i cambiamenti, ch' erano trovati convenienti ad un tale scopo.

Due cose davano particolarmente a pensare al legislatore: l'una si era l'uso di scrivere con abbreviazioni sostituendo una lettera ad una o più sillabe, e donde la lezione diveniva sovente incerta. Un tal modo di scrivere non doveva essere permesso nelle pandette. La seconda cosa, che non lo lasciava quietare era il timore, che bentosto non avessero ad originarsi novelle controversie per mezzo dei giureconsulti, e che riuscisse vuota di effetti la molta fatica, ch' erasi durata nel rimuovere le antiche. Egli si persuase di poterle impedire vietando di scrivere commentari sul codice, dovendo essere permesse solamente le parafrasi greche apposte a ciascun principio del codice, ed una specie di compendio del contenuto dei singoli titoli (*indices*) oltre i richiami e le citazioni dei corrispondenti brani. Il divieto delle abbreviazioni e dei commentari è già contenuto in quel primo ordinamento sui digesti: posteriormente è ripetuto più accuratamente e diffusamente in occasione della promulgazione del codice.

I digesti furono compiuti nel periodo di tre anni da Triboniano col soccorso di sedici altri individui, parte ufficiali superiori, parte (undici) avvocati alla corte giudiziaria del prefetto pretorio dell'oriente. Senza dubbio oltre lo stesso Triboniano vi furono attivi anche i quattro professori (*antecessores*), che sono compresi nel novero di quei cinque ufficiali: due di Costantinopoli, Teofilo e Cratino, due da Berito, Doroteo ed Anatolino, dei quali può affermarsi, che avessero la più vasta lettura degli scritti giuridici e la più grande capacità di elaborarli.

Sul metodo seguito nella compilazione le seguenti notizie ci pervengono parte dall'opera stessa, parte da altre fonti. Furono raccolti gli scritti di 39 autori per leggerli, e ridurli ad astratti; alcuni possedevansi già fin dalle prime, e fu particolarmente la biblioteca di Triboniano che ne fornì la massima parte: altri vi furono aggiunti posteriormente. Ne fu fatto un registro, acciocchè si avessero potuto averli presenti, e posteriormente Giustiniano fecelo apporre ai digesti come un indice dei giureconsulti e degli scritti, ch'erano stati adoperati per un tal codice (2). Un tale registro è contenuto nel più antico manoscritto delle pandette, che da noi si possegga (3). Abbiamo osservato, che volevansi mettere a profitto i soli giureconsulti realmente autorizzati del tempo classico: ma una tale regola fu violata, stantecchè vi furono ammessi Arcadio Carisio ed Ermogeniano, che non appartenevano a quel novero, eccezione, che è per se stessa poco importante, e che si lascia spiegare col desiderio d'imporre con molti nomi.

Avanti tutto furono stabilite le proporzioni dell'opera, in cui dovevano essere inseriti i frammenti da estrarsi. Fu divisa in 50 libri, e questi in sette parti, delle quali la prima contiene i primi cinque libri, la seconda (*de iudiciis*) i sette che seguono,

(1) *Const. Deo auctore de conceptione digestorum* a Triboniano del 15 dicembre 530, (L. 1. C. *de veteri iure enucl.* 1. 17).

(2) *Constit. tanta.* §. 20.

(3) Le due proposizioni: 1) che il registro fosse stato fatto per agevolare la compilazione dei digesti, e non dopo che questi erano già compiuti: 2) che il registro del manoscritto fiorentino sia quello mentovato da Giustiniano sono più diffusamente svolte nel seguente trattato: Puchta, (*Osservazioni sull'index florentinus.*) Op. min. 1851. p. 216.

la terza (*de rebus* , ed in ispecie *creditis*) il dodicesimo fino al decimonono: la quarta, che essendo la media è detta da Giustiniano *ombelicus*, ne contiene 20-27 la quinta (*de testamentis*) 28-36. Le due ultime parti hanno un contenuto molto vario: la sesta comprende i libri 31-44, la settima quelli da 45-50. Servì di fondamento a quest'ordine quello dei commentari dell'editto, non senza però alcuni cambiamenti che in parte furono imitati da altre opere molto vaste, in parte furono il proprio ritrovato degli autori dei digesti. Le materie da essere trattate in ciascun libro furono divise in titoli, dei quali ciascuno ha una intestazione, che ne indica il contenuto. Formano eccezione i libri 30, 31, 32, che hanno una rubrica comune (*de legatis et fideicommissis*) sicchè potrebbesi dire, che formino un solo titolo, dove per contrario il primo titolo del 45 libro (*de verborum obligationibus*), contiene tre sezioni, che nondimeno non sono distinte con rubriche speciali ma soltanto con numeri. Anche le rubriche dei titoli non furono un novello ritrovato, ma copiate dalle opere giuridiche, e quando lo fu necessario, accomodate con cambiamenti al dritto vigente.

Fra questi titoli furono divisi secodo il contenuto i frammenti tratti dagli scritti dei giureconsulti, ciascuno con una epigrafe speciale indicante il nome dell'autore e l'opera dalla quale sono presi. Alcuni titoli contengono un solo estratto; ma i più di essi un numero considerevole, che alle volte giunge fino a cento; la grandezza di essi è molto ineguale: il desiderio di rappresentare il dritto vigente colle parole altrui è spinto tant' oltre, che un estratto consiste alcune volte soltanto di poche parole inframmesse (1).

Qui può ventilarsi la quistione, se mai fu osservato un determinato ordine nella collocazione dei singoli titoli, e quale questo si fu. Sarebbe naturale il credere che i particolari frammenti fossero stati ordinati secondo il loro contenuto, come una trattazione speciale della materia di ciascun titolo avrebbe fatto dei singoli punti di essa. Certo noi troviamo che il posto di molti estratti è conforme al loro contenuto, come ne fu dato un esempio nella nota precedente, e che si suole mettere nel principio del titolo quegli estratti, che contengono il concetto della istituzione, e che potrebbero essere considerati come una introduzione. Ma in generale e nel tutto i compilatori lasciarono gli estratti in quell' ordine, nel quale presentavali loro la lettura degli scritti. E nondimeno appunto un tal fatto produsse un certo ordine esterno, che si manifesta dapertutto, ed è causa che gli estratti d'una classe di scritti si succedono fra loro.

In quel tempo usavasi dai dotti nel dritto e particolarmente dai professori una classificazione degli antichi scritti giuridici, ch' erasi formata coll'uso di essi nelle scuole. Nel primo anno d' insegnamento erano lette le istituzioni di Caio ed alcuni libri dei commentari dell'editto (presi indistintamente), nel secondo i commentari dell'editto, nel terzo gli scritti casistici di Papiniano e di Paolo. Distinguevansi perciò i libri del primo, del secondo e del terzo corso oltre quelli, che sebbene non adoperati nell' insegnamento, potevano essere coordinati cogli scritti dell' una o dell' altra classe (2). E perchè nel dare opera ai digesti sentivasi il bisogno di dividere la grande quantità degli scritti, presentossi prima d' ogni altra quella classificazione, che la divideva in tre parti; quelli che avevano un indole indeterminata furono a caso compresi nell' una e nell'altra, e non si ebbe manco rispetto per la eguaglianza quantitativa nell' assegnare molti scritti a questa o a quella classe.

È certo che nei titoli dei digesti si osservano tre serie di estratti, che si seguono regolarmente secondo gli scritti, dai quali sono presi. Il maggior numero dei titoli contiene degli estratti di ciascuna delle tre classi, delle quali precede quando l' una quando l' altra, in non pochi trovansi soltanti quelli presi da una o da due di esse. La prima serie contiene gli estratti dei commentari *ad Sabinum*, dei libri di mezzo dei commentari dell' editto, dei digesti (di A. Varo e Giuliano) delle istituzioni (di Caio ed altri), delle *regulae*, e di un numero considerevole di altri

(1) Per es. *L.* 3—7. *D. de public. act.* (6. 2) : (Ulp. *lib.* XVI. *ad ed.*) — *Item si res ex causa iudicati sit tradita*: (Paolo, *l.* XIX *ad ed.*) *vel solvendi causa* : (Ulp. *l.* XVI. *ad ed.*) *vel ex causa noxae deditionis sive falsa*, (Paolo, *l.* XIX. *ad ed.*) *item si servum ex causa noxali*, *quia non defendebatur*, *iussu praetoris duxero*, *et amisero possessionem*, *competit mihi publiciana* (Ulp. *l.* XVI *ad ed.*) *sed et si res iudicata sit*, *publiciana actio competit.*

(2) Questo manifestasi anche nel codice Alariciano, che contiene degli scritti giuridici prima le istituzioni, poi le sentenze di Paolo (uno svariato commentario dell' editto) ed infine i responsi di Papiniano, sebbene in un solo frammento.

scritti: la seconda contiene quelli tratti dai rimanenti libri dei commentari dell'editto, dai commentari *ad Plautium*, dai digesti (di Celso e Marcello) e da molti altri scritti, fra i quali sono principali quelli di Modestino: la terza infine, la minore fra tutte, è formata dagli estratti presi dalle *quaestiones responsa* e *definitiones* di Papiniano, dalle *quaestiones et responsa* di Paolo e di altri giureconsulti, e da molti altri scritti, ed ha un appendice di alcuni scritti, come sembra, posteriormente aggiunti, per i quali i digesti di Scevola furono principalmente posti a profitto. Noi dobbiamo questa scoverta ed una dimostrazione diffusamente ragionata di essa, la quale non è senza utile per la critica e per la interpetrazione delle pandette, a Blume, il quale ha denominate le tre serie, da Sabino, dall' editto e da Papiniano (1).

Da ciò si deduce, che ciascuna di queste classi di scritti dovette essere letta ed estratta particolarmente, e che nella divisione dei frammenti fra i singoli titoli furono lasciati insieme tutti quelli d'una medesima classe, fatta eccezione di alcuni che furono disposti in un'altra, quando per ragioni intime (come frammenti d'introduzione e di conchiusione) quando per ragioni esterne (come supplemento) ecc. (2). Può ora dimandarsi, da quale bisogno dovette essere cagionata tutta questa classificazione degli scritti colle summentovate conseguenze?

Principale cagione ne dovette essere il pensiero, che le Pandette dovendo essere per quanto era possibile universali e rappresentare tutto il *ius vetus*, dovevano contenere i frammenti di ogni classe di scritti. Per attuare questo pensiero con proporzioni regolari, per provvedere, che la compilazione non fosse parziale, o che per evitare un tal difetto si oltrepassasse la giusta misura, fu fin delle prime assegnato ai compilatori il materiale contenuto in quella classificazione, ch'era ordinaria in quel tempo. E ciò sembrò tanto più necessario, che molte erano le persone, che dovevano concorrere ad un tale scopo. Alcuni opinarono, che nella formazione del lavoro si fosse tenuto il seguente modo: che gli scritti fossero stati letti nelle adunanze di tutti gl' individui a ciò delegati, e che questi avessero per così dire votato sopra ciascuno frammento. Sarebbe stato questo il più infelice metodo, secondo il quale non sarebbesi veduta mai la fine dell'opera. Altri pensarono a tre commissioni, che fossero state attive contemporaneamente e nel medesimo modo: ma anche in tal modo il difficile lavoro sarebbe stato tratto a lungo inutilmente, ed il grande numero dei cooperatori invece di facilitare non avrebbe fatto che rendere più malagevole l'opera. Ma giacchè vi dovette senza dubbio essere una divisione del lavoro, noi possiamo piuttosto concepirla in modo, che ad ogni membro della commissione chiamata da Triboniano fosse stato assegnato un numero di scritti a leggere ed estrarre secondo lo schema dell'ordine delle pandette indicatogli, e che poi ne fosse stata fatta la scelta da Triboniano col concorso dei principali o pure di tutti i cooperatori (3), e che vi fu adempito prendendo in considerazione quelle tre classi di scritti successivamente: e però sembra che quella di Sabino fosse stata la prima; donde spiegasi perchè fu

(1) Blume, *Ordine dei frammenti nei titoli delle Pandette*. GIOR. PER LA SCIENZA STOR. DEL DRITTO IV. 6. p. 257 — 472. Hugo. *Manuale dei digesti*. Introduzione.

(2) Per es. nel primo titolo del secondo libro, che si compone di 20 frammenti leggonsi prima quelli dell'editto; quelli di Sabino cominciano dal 13 e finiscono col 18. il 19 è della classe di Papiniano. Ma i due primi o tre frammenti sono fuori la loro classe: essi furono posti a principio come introduzione alla materia del titolo. Il quinto frammento è della classe di Sabino, trovasi quivi a causa della connessione cogli altri: il ventesimo della classe dell' editto è una aggiunzione posteriore, ed è disgiunto dagli altri della sua classe per questa ragione al tutto esterna.

(3) Ciascuno di questi, quante volte sembravagli che un frammento potesse entrare in più rubriche, lo inseriva nei differenti titoli, rimettendo la decisione definitiva del luogo alla composizione futura dell' opera intera. Posteriormente rimase in molti casi per sconsideratezza ripetuto in diversi luoghi, sebbene una tale ripetizione fosse avvenuta spesso volontariamente: *const. tanta* §. 14. Questi frammenti che vedonsi ripetuti furono detti *leges geminatae*: ma il medesimo titolo ci porge un esempio d'una tale sconsideratezza. Alcune volte pure un frammento fu collocato in un luogo, che mal gli si conveniva, e fu detto perciò *lex fugitiva* o *erratica*. Con ciò avviene spesso che il frammento prenda tutto altro significato di quello che aveva primitivamente, ma anche questo fu fatto sovente volontariamente. Così per esempio un frammento di Caio *lib.* 17 *ad ed prov.* si connette molto bene colla *L.* I. §. I. *test. quomad. aper.* (29. 3) ma prende una differente espressione nella *L.* 6 *de transact.* (2. 15): è ben difficile che ciò fosse avvenuto per semplice sconsideratezza.

quella, dalla quale fu tratto maggiormente profitto (1): la classe di Papiniano dovette formarne probabilmente la conclusione, con ciò spiegherebbesi il supplemento, che posteriormente ebbe.

I digesti furono promulgati il 16 dicembre del 533 (2), e nel medesimo tempo fu ordinato, che il codice dovesse avere forza di legge dal giorno 30 dello stesso mese, dovendo formare colle istituzioni e colla collezione delle costituzioni la sola ed esclusiva fonte del dritto, essendo vietato l'uso delle precedenti fonti, e particolarmente quello degli scritti dei giureconsulti. Giustiniano dichiara; che non aveva inteso far passare in dimenticanza i nomi degli antichi giureconsulti, ed a tal proposito non solamente fu fatto precedere ai digesti un indice dei nomi e degli scritti, dai quali fu tratto profitto, ma di ogni singolo frammento ne fu indicato l'autore: aggiunge però, che praticamente tutti i frammenti dovevano essere considerati come se provenissero direttamente da lui, dal legislatore, che non si dovesse fare alcuna differenza fra i giureconsulti, molto meno si dovessero creare delle difficoltà col confronto degli estratti (sovente cambiati volontariamente) cogli scritti originali.

Durante il lavoro delle pandette, ed anche poichè queste furono quasi compiute, fu composto da Triboniano e da due professori, Teofilo e Doroteo, un libro per l'insegnamento, che modellato sulle antiche istituzioni era fatto per sostituirle. Servirono di fondamento ad esso le istituzioni di Caio (§. 104. 16) essendosi gli autori giovato altresì delle istituzioni di altri giureconsulti. Fuvvi poi aggiunto il novello dritto contenuto nelle costituzioni ed in tal modo fu provveduto, che gli studiosi apprendessero il novello dritto fin dal primo insegnamento. Fu data all' opera il nome tradizionale, *institutiones*: fu divisa in quattro libri, questi in titoli con rubriche, in cui tutte le materie sono esposte in un modo corrente senza indicare i libri, dai quali fu tratto ogni singolo brano. Le istituzioni di Giustiniano furono pubblicate il 21 novembre 533 (3); e fu loro riconosciuta la forza legislativa, la quale non altrimenti che per le pandette doveva cominciare il giorno 30 dicembre dell' anno 533.

In tal modo alla fine dell' anno 533, sei anni dopo che cominciò a governare l' imperatore, fu compiuta la desiderata riforma delle fonti del dritto, essendo stati sostituiti agli scritti dei giureconsulti i digesti e le istituzioni, alle costituzioni ed alle precedenti collezioni di esse il codice delle costituzioni. Questi codici dovevano altresì fin d'allora formare la base dell'insegnamento nelle scuole del dritto, e ne fu comandato lo studio ai professori con un'ordinanza del 16 dicembre 533 (4). Sono riconosciute come pubbliche scuole del dritto quelle di Costantinopoli di Roma e di Berito, vietate come scuole private quelle di Alesandria, di Cesarea e di altri luoghi. Il corso dell'insegnamento è fissato a cinque anni. Nel primo anno dovevano essere esposte le istituzioni e la prima parte dei digesti, dovendo gli studiosi essere chiamati in questo anno *iustiniani novi*, essendo vietato l'antico schernevole soprannome di *dupondii*. Nel secondo anno dovevano apprendere la seconda e la terza parte dei digesti prendendo il nome tradizionale di *edictales*, dovendovisi altresì aggiungere quattro libri della quarta e quinta parte; e particolarmente uno dei libri contenenti la dottrina sui beni dotali (lib. 23—25), uno di quelli sulla tutela (lib. 26. 27), uno sulla dottrina dei testamenti (lib. 28. 29), ed uno dei seguenti sette libri sui legati (lib. 30 — 36). Nel terzo anno dovevasi esporre la terza o la seconda parte, ed anche i tre primi libri della quarta parte (lib. 20. 21. 22). Gli scolari che dopo i precedenti studi avevano udita in questo terzo anno l'esposizione degli scritti di Papiniano, e perciò erano detti *papiniapistae*, dovevano conservare anche ora un tale onorevole nome. Giustiniano osserva, che si abbia avuto il felice pensiero di cominciare il ventesimo libro coi frammenti di Papiniano, e che in tal modo quel nome rispondeva molto acconciamente alla cosa istessa; in realtà toccava udire agli scolari più di Papiniano nel corso della esposizione delle pandette, che negli anni precedenti, nei quali erano esposti soltanto alcuni dei suoi frammenti. Nel quarto

(1) Di 9000 frammenti e più, che sono contenuti nelle pandette, quasi 4000 sono nella prima classe, appena 2000 di Papiniano.

(2) *Const. tanta ad senatum et omnes populos* (*L.* 2. *C. de vet. iure enucl.* 1. 17) Questa patente di promulgazione fu pubblicata nello stesso tempo anche in greco.

(3) *Procmium institutionum* alla *cupida legum iuventus*: poi di nuovo o contemporaneamente colla pandette.

(4) *Const. omnem republicae, Theophilo, Dorotheo, Theodoro, Isidoro, Anatolio, Thallelaeo, et Cratino, viris illustribus antecessoribus, item et Salaminio viro disertissimo antecessori.*

anno gli scolari imprendevano uno studio proprio (particolarmente sui responsi di Paolo), dovendo però sempre udire l'esposizione dei dieci libri della quarta e della quinta parte, che non erano stati esposti negli anni precedenti. Così dunque i quattro libri delle istituzioni ed i 36 dei digesti formavano l'obbietto della *recitatio* e della *expositio* da parte dei professori. Il quinto anno, nel quale gli studenti erano detti *prolytae*, era dedito allo studio privato della sesta e della settima parte dei digesti e del codice delle costituzioni.

§. CXXXIX.

L'attività del legislatore nella formazione dei summentovati codici fu principalmente diretta a statuire in un modo certo il dritto vigente: e sebbene la massima parte di esso fosse stato preso dalle precedenti fonti del dritto, pure doveva essere fatto più conforme ai bisogni del presente colla novella forma esterna che riceveva: a ciò si aggiunse il lavoro di sceverare ciò che era caduto in disuso, e di accomodare con bene avvisati cambiamenti al dritto presente quello che lo era soltanto in parte. Era naturale che dopo un esercizio di più anni si avesse più che nel principio la capacità necessaria per un tale lavoro, e la facoltà di distinguere il dritto realmente pratico. Il codice del 529 poteva avere importanti imperfezioni, che ora dopo la formazione dei digesti erasi nel grado di osservare, e che Triboniano era tanto meno inclinato a rispettare, in quanto che in quel tempo non era stato egli a capo dell'assemblea legislativa. L'imperatore potè avanti tutto essere persuaso dalla ragione, che il codice conteneva poche costituzioni sue proprie, essendo stato il maggior numero di queste pubblicato dopo la formazione di esso. Egli assentì alla composizione d'un novello codice contenente le costituzioni, *repetita praelectio* (1). Questo secondo codice che si è in uso denominare *(codex repetitae praelectionis)* pubblicato il giorno 16 novembre dell'anno 534 ebbe forza legislativa dal giorno 29 dicembre dello stesso anno, essendo annullato l'antico, e nello stesso tempo anche la collezione delle decisioni (2). È diviso in dodici libri, questi in titoli con rubriche, nei quali sono comprese le corrispondenti costituzioni secondo la loro successione cronologica, contenente ciascuna costituzione il nome del suo autore e la data come sottoscrizione, quando fosse conosciuta. L'ordine si accorda (com'è naturale) perfettamente con quello dei digesti (3); seguirlo rigorosamente sarebbe stato il migliore consiglio; ma credettesi potersene dispensare, giacchè il codice doveva contenere non poche materie, che estranee agli scritti degli antichi giureconsulti erano regolate dalle leggi imperiali. Il novello codice differenziavasi dall'antico non solo per le novelle costituzioni di Giustiniano, che vi furono comprese (la citata patente di promulgazione fà osservare, che vi erano state inserite alcune delle più antiche costituzioni, ch'erano passate inosservate per i precedenti compilatori), ma anche perchè molte ne furono sceverate (4), e non poche, che vi furono lasciate, soffrirono maggiori interpolazioni di quelle che erano state già fatte nella prima edizione.

Non era un piccolo disagio per quelli che avevano acquistato l'antico codice vederlo dopo poch'anni annullato, ed essere quindi nella necessità di comprare il novello. Era naturale l'attendersi che l'attività legislativa non quieterebbe, e che forse dopo alcuni anni il secondo codice verrebbe sostituito da un terzo. Giustiniano sentì il bisogno di assicurare su questo proposito i suoi sudditi nella patente di pubblicazione della *repetita praelectio*, dichiarando, che le future costituzioni formerebbero una speciale collezione sotto il nome, *novellae constitutiones*, il quale nome era tradizionale per simiglianti aggiunzioni fatte ad una collezione di costituzioni (5).

La serie di queste Novelle di Giustiniano comincia dal 1 di gennaro dell'anno 535 (nov. 1) e continua sino alla sua morte (la novella 117 dell'anno 564 o 565 è la più recente che noi abbiamo); il loro numero, fin dove giunge la nostra conoscenza, è per lo meno di 165, delle quali moltissime sono d'una grande estensione. Furono in massima parte pubblicate in greco, dovechè nelle constituzioni del codice è predominante l'idioma latino: alcune sono latine, molte di queste furono pubblicate anche in gre-

(1) Questo lavoro di revisione fu commesso a Triboniano ed a quattro altri, fra i quali fu Doroteo, ma non Teofilo.

(2) *Const. cordi, de emendatione, cod. Iust. et secunda eius editione:* essa precede il novello codice.

(3) Hugo, *Manuale dei digesti e del codice delle costituzioni* p. 45.

(4) Difficilmente però quelle che vedonsi citate nelle istituzioni, e che per caso fortuito (come molte altre) mancano nei nostri manoscritti.

(5) *Const. cordi.* §. 4.

cu (1): e perchè il latino era tuttavia l'idioma ufficiale, Giustiniano osserva, che in quest'ultimo caso la costituzione latina dovesse avere la stessa autorità dell'originale (2). La maggior parte delle Novelle furono pubblicate nei primi cinque anni dopo la formazione del codice (535 fino a 539). Dall'anno 543 si va spegnendo l'attività legislativa; il quale fatto sembra essere in connessione coll'altro, che in questo stesso anno morì Triboniano.

Di queste novelle formaronsi senza dubbio ed involontariamente delle collezioni cronologiche negli archivi delle corti giudiziarie: nell'archivio imperiale conservavasi un libro, nel quale erano scritte, lavoro preliminare per una futura collezione. Giustiniano ricorda un tal fatto in molte leggi (3): ed a torto questi cenni associati con quelli di alcuni scrittori bizantini posteriori furono intesi per l'esecuzione del disegno d'una collezione imperiale delle novelle annunziato nella pubblicazione del secondo codice (4). Che Giustiniano non avesse adempiuta una tale promessa, può dedursi dalla esistenza di varie collezioni private, delle quali faremo menzione appresso. Ma è confermato altresì dal testimonio certo d'un suo contemporaneo, Giovanni Scolastico (fin dal 537 patriarca di Costantinopoli), che ben tosto dopo la morte di Giustiniano volendo ridurre in un sol corpo le Novelle relative al dritto ecclesiastico, parla di esse come di altrettante leggi disgiunte (5).

La massima parte di queste Novelle si riferisce all'amministrazione dello stato ed alle faccende ecclesiastiche: non poche però hanno a loro obbietto anche il dritto privato, e molte di queste dettero una forma al tutto nuova a differenti istituzioni di questo. Fino all'anno 535 la legislazione aveva tenuto una forma generale; certo molti singoli cambiamenti erano stati apportati, nuove leggi pubblicate; le istituzioni, i digesti ed il codice contenevano dapertutto le tracce di questa attività riformatrice anche del contenuto delle fonti esistenti, alle volte con delle interpolazioni, altre volte con leggi speciali; ma questi cambiamenti erano ancora troppo strettamente connessi col dritto esistente e trasmesso da tempi remoti; che anzi i più generali di essi in realtà non facevano che confermare quello, ch' erasi già formolato nella pratica sebbene imperfettamente ed incertamente. Ma ora per contrario il legislatore vedendo raccolta ed elaborata tutta la ricchezza della tradizione, sentivasi come libero da una catena. In molti importanti punti e particolarmente nel dritto di successione usossi d'una energia, ch' ebbe per suo risultato un totale cambiamento di esso. È d'una grande importanza per i destini futuri del dritto romano, che una tale attività illimitatamente ed esclusivamente concentrata sulla materia di alcune singole istituzioni sia stata posteriore alla riforma di tutto il dritto. Nel caso contrario lo zelo legislativo avrebbe senza dubbio passati i limiti del vero bisogno, e per una legislazione generale posteriore sarebbe stato impossibile connettervi l'antico dritto, che è l'unica ragione, per la quale i codici giustinianei furono trasmessi ai tempi e popoli a venire. In tal caso certo i digesti, che formano il centro e l'anima di tutto il dritto giustinianeo, o non sarebbero stati formati, o avrebbero avuta una forma, nella quale sarebbe stato per essi impossibile addivenire per la giurisprudenza moderna quello che è la letteratura greca e romana per la scienza in generale, ossia la fonte dalla quale trae la forza per ogni suo ulteriore svolgimento, il fondamento, su cui stà l'edificio di quella parte del dritto, ch' essa ha la missione di svolgere, ed il nome di Giustiniano avrebbe avuto tanto poco una importanza storica quanto quello dei suoi successori al trono bizantino (6).

(1) Biener, *Storia delle novelle di Giustiniano* (1824) p. 13 e segu.

(2) *Nov.* 66. cap. 1. §. 2.

(3) *Nov.* 17 *pr. Nov.* 24 *cap.* 6 *Nov.* 25 *cap.*5 *Nov.* 26 *in f.* Queste novelle sono degli anni 535 e 536: la stessa cosa è detta nella *Nov.* 65 *cap.* I. (a. 538).

(4) Un tale quistione fu trattata profondamente da Biener op. cit. p. 38 e segu.

(5) Giov. Scol. *Collectio* LXXXVII *capitulorum pr. ed Heimbach.*

(6) In conchiusione crediamo utile per la storia del dritto nel tempo del governo di Giustiniano formare un quadro cronologico delle date più importanti.

527. 1. Aprile, Giustiniano associato al trono da Giustino.

1. Agosto, Morte di Giustino.

528. 13. febbraio *Const. haec quae necessario*, colla quale fu ordinata la formazione del primo codice delle costituzioni.

Quasi ho delle costituzioni di Giustiniano, che trovansi nel codice, sono di questo anno.

529. 7 aprile, pubblicazione del codice (*Const. summa reipubl.*

16 Aprile. Epoca della sua forza legislativa.

Cominciano le decisioni.

Trasmissione della legislazione giustinianea dall' Oriente.

§. CXL.

Se noi consideriamo la legislazione giustinianea rispettivamente allo scopo, al quale intese con essa il legislatore, ossia alla sua applicazione a tutto l' impero, non possiamo trattenerci dal dichiarare, ch' essa deve la sua esistenza futura al rispetto che si ebbe per la forma esterna del dritto antico, donde pure ripete una importanza, che trascende l' epoca contemporanea. La maggioranza dei viventi di quel tempo, la quale prendeva un interesse alla cosa, considerò tutta l' opera come un anacronismo: a suo avviso invece di spendere tante forze per formare le istituzioni, le pandette ed il codice con forme romane, avrebbesi potuto dare opera a qualche cosa di più conforme ai bisogni del tempo colla formazione d'un codice greco.

Erano appena pubblicati i singoli codici, che i dotti affrettaronsi a dar loro con parafrasi greche una forma più accomodata al presente. La prima occasione venne dall'insegnamento del dritto nelle scuole, e si fu di presentare agli scolari nella lingua patria simiglianti parafrasi sulle parti della legislazione, ch' erano obbietto dell' insegnamento. Tali lavori non arrestaronsi però nelle scuole, ma si diffusero fra gli uomini pratici: posteriormente vi si aggiunsero simiglianti lavori ed estratti delle parti del dritto, che non erano insegnate, e dopo pochi anni andavano in greco per le mani di tutti, sicchè può dirsi, che gli originali delle istituzioni delle pandette e del codice non ebbero una grande pubblicità durante il reggimento di Giustiniano. Sotto questo imperatore e posteriormente fu veduto un gran numero di simiglianti lavori, alcuni dei quali ebbero molta autorità. Uno degli autori delle isti-

Circa 40—50 altre costituzioni furono pubblicate in questo anno.

530. La massima parte delle decisioni è di questo anno.

15 Dicembre. Ordinanza per la formazione dei digesti.

Circa 90 costituzioni sono di questo anno.

531. Comincia il lavoro dei digesti: contemporaneamente forse fu dato principio anche alle istituzioni.

Continuano le decisioni.

Circa 70 costituzioni sono di questo anno.

532. Le decisioni formano il numero 50, e sono comprese in una collezione speciale.

Circa 30 Costituzioni.

533. Le istituzioni ed i digesti sono compiuti, e se ne formano dei manoscritti per servire alla pubblicazione.

21 novembre. Pubblicazione delle istituzioni (*proemium instit.*)

16 dicembre. Pubblicazione dei digesti, sì *ad senatum et omnes populos (constit. tanta)* come ai professori con un novello ordinamento degli studi (*const. omnem reipubl.*)

30 dicembre. Epoca della forza legislativa dei digesti e delle istituzioni.

Pochissime costituzioni hanno la data di questo anno (otto col *proemium inst.* e della *const. omnem reip.*)

534. Revisione del codice.

16 novembre. Pubblicazione della *repetita praelectio* del codice (*const. cordi*).

29 dicembre. Epoca della forza legislativa del novello codice: derogazione dell' antico codice e della collezione delle decisioni.

Otto costituzioni del codice sono di questo anno.

435. Ventisei fino a trenta novelle (Nov. 1—17. 24—29. 35—37, probabilmente anche 121. 138. 139. 157).

536. Diciotto fino a venti novelle (*Nov.* 18—23. 30. 31. 32. 34. 39-43. 102. 103. 75. e 104. 105., probabilmente anche 38. 30.)

All' anno 535 o 536 appartiene probabilmente la *Nov.* 154, forse anche 152.

537. Sedici fino a diciotto novelle (*Nov.* 44. 47—62, probabilmente anche 45, 46).

538. Tredici novelle (*Nov.* 63—74 49).

339. Ventidue fino ai ventisei novelle (*Nov.* 78—87. 89—91. 94—97. 99—101. 133. 162, probabilmente 77. 88. 92. 93. forse anche 98).

540. Soltanto due novelle, delle quali oltreacciò non è ben certa la data *Nov.* 98. 106).

541. Nove fino a dieci novelle (*Nov.* 107. 114. 153. probabilmente anche 136).

542. Quattro novelle (*Nov.* 115—117. 122).

543. La novella 118. La novella 126 è degli anni 642 fino a 546.

544. *Nov.* 120, probabilmente anche 113. 125. 132.

545. Quattro novelle (*Nov.* 124. 128. 130. 131).

546. *Nov.* 123.

547. Probabilmente *Nov.* 127.

551. *Nov.* 129. Agli anni 551—563 appartiene la *Nov.* 151.

552 o 553 probabilmente *Nov.* 142.

553. *Nov.* 146. probabilmente anche la *Nov.* 145.

554. *Nov.* 147.

556. *Nov.* 134, probabilmente anche 159.

559. *Nov.* 141.

563. *Nov.* 143 e 150 (una medesima legge.

564. o 565. *Nov.* 137.

565. Morte di Giustiniano.

tuzioni ne formò immediatamente dopo la pubblicazione di queste una parafrasi da servire per il corso delle lezioni, ch'egli teneva nella scuola di dritto di Costantinopoli: questa ebbe un' autorità predominante e quasi esclusiva (1). Anche per i digesti furonvi molti di questi lavori: fra i quali di maggiore autorità fu un commentario (una vasta parafrasi) di Stefano: la stessa cosa può dirsi per il codice della traduzione di Talleleo (2). Anche le novelle furono diffusamente interpretate, e perchè su molte di esse la lingua non presentava alcun ostacolo per l' intelligenza e l'uso, se ne fecero degli estratti, per esempio da Atanasio (*Epitome delle novelle costituzioni posteriori al codice*) e da Teodoro (*Sunto delle novelle costituzioni*) entrambi avvocati (3).

Nel secolo ottavo e nono un novello zelo destossi negl' imperatori bizantini per l' attività legislativa. Ci occorre in prima, che Leone l'Isaurio (che governò 717—741) prese a cuore le condizioni giuridiche di quel tempo, che certo erano molto tristi. Egli trovò, che i codici giustinianei, e particolarmente le parafrasi e gli estratti, che intendevansi sotto quel nome, non erano bastantemente diffusi fra gli uomini pratici, che oltracciò il loro contenuto non accordavasi col dritto, ch' erasi formato nella pratica, e che le novelle leggi degl' imperatori posteriori a Giustiniano, come suole avvenire alle leggi isolate in opposizione d' un codice compatto, avevano un' applicazione molto precaria. Egli avvisossi provvedere a questo male con un compendio di leggi, che doveva contenere il dritto vigente tratto dalla legislazione giustinianea e di quella più recente con i cambiamenti da lui creduti opportuni. È questa l'opera di Leone detta, *Scelta delle leggi ridotte in un sunto* in 18 titoli, probabilmente dell'anno 740 (ci è conservata in manoscritto) (4). In questo lavoro Leone fu tanto arbitrario in molti punti di dritto, che questo Codice non ebbe mai un' applicazione generale, e venne in parte in disuso sotto gl' imperatori posteriori. Di un risultato più durevole fu il manuale promulgato l' anno 878 in 40 titoli da Basilio Macedone, che governò da 867—886 (5). Il suo contenuto fu preso dal dritto giustinianeo, dall' opera di Leone e dalle leggi proprie di Basilio. Posteriormente e forse poco prima la fine del suo governo Basilio ordinò una revisione d'un tale *prochiron*, che non ci è pervenuta in un modo compiuto (6).

Oltre questi manuali Basilio aveva intrapresa un' opera anche più vasta, nella quale il dritto vigente e particolarmente il giustinianeo avrebbe presa una novella forma. Egli v' accenna nella sua *Epanagoge*, e nel suo *Prochiron*. Forse il suo fu un semplice lavoro preliminare per quei manuali, e forse pure non fu mai pubblicato ed introdotto nella pratica giudiziaria: almeno non è pervenuto fino a noi. Per contrario il suo figlio Leone il Filosofo (che governò 886—911) fece ricominciare l'opera, e dopo un novello lavoro la pubblicò come codice. Questo è detto *repurgatio veterum legum*, ma più comunemente *Basiliche*: è diviso in 60 libri, questi distinti in titoli con rubriche, i titoli in capitoli, e questi in paragrafi. Il disegno dell' opera era diretto alla esposizione del dritto giustinianeo mettendo a profitto le traduzioni greche, i commentarii e gli estratte, ed innestandovi il *prochiron* di Basilio. I cambiamenti apportativi sono di doppia ragione. Fu annullata la distinzione di tutto il materiale nelle quattro differenti parti, istituzioni, pandette, codice e novelle, ed esposta ciascuna materia sull' insieme di esse: furonvi fatti dei cambiamenti materiali ai principii giuridici, quante volte furono creduti necessari per rimuovere le contradizioni, e conciliare il dritto giustinianeo col presente. Questo lavoro del dritto giustinianeo nell'impero bizantino, che è il più vasto di tutti, ci pervenne molto incompiuto: soltanto per 29 libri l'interezza della tradizione è indubitata (s. 11—14. 20—29. 38—82. 45—51. 60): 10 libri (per alcuni è certo, per altri è probabile) fu-

(1) Ci è pervenuta in molti manoscritti. La più eccellente edizione si è: *Theophili antecessoris paraphr. graeca instit. etc.* G. O. Reitz, *Hag. Comm.* 1751: traduzione tedesca di Wüstemann 1823.

(2) Di questi scritti non ci pervennero che singoli estratti e citazioni, particolarmente, nelle Basiliche e nei loro scolii.

(3) Le due opere esistono in manoscritti. La prima fu pubblicata da G. Heimbach, *Anedoti* I. (1838), la seconda da Zachariä, *Anedoti* 1843.

(4) Pubblicata da Zacharia: *collectio librorum iuris graeco-romani ineditorum. Ecloga Leonis et Costantini epanagoge Basilii Leonis et Alexandri* 1752.

(5) Pubblicato da C. Zachariä Heidel. 1837. 8. I prolegomeni p. XI-CCV contengono delle investigazioni profonde sui manoscritti bizantini, sia ordinati dagl' imperatori, sia fatti da persone private.

(6) Pubblicata anche da Zachariä nella summentovata collezione.

rono conservati soltanto in parte, e di 11 libri (19. 31—37. 43. 44 53—49) ci pervenne solo quello, che fu possibile ristaurare sui lavori e sulle citazioni posteriori (1).

Immediatamente dopo la formazione delle Basiliche vi furono aggiunti degli scolii, (osservazioni al testo del codice), tratti dalle antiche parafrasi dei codici giustinianei. Come può osservarsi da quella di Teofilo, queste parafrasi, almeno le più antiche eransi giovate dei veri scritti giuridici, sui quali erano state formate le pandette e le istituzioni: e per una tale ragione quegli scolii, nei quali si contengono dei frammenti di questi lavori, hanno molta importanza per la conoscenza del dritto romano puro. Questa importanza minora certo, perchè quegli scolii furono aumentati o cambiati dai giureconsulti del decimo e dell' undecimo secolo; nel dodicesimo fu formata una novella collezione degli scolii sì dei primitivi come dei posteriori.

I giureconsulti bizantini posteriori a Basilio non furono sterili di libri giuridici, che consistono in lavori sui precedenti manuali ed in novelli compendii (2) in collezioni di regole di dritto, o nei confronti delle basiliche. Di questa natura è un ordine alfabetico delle materie delle basiliche (3).

Oltre questi lavori del dritto giustinianeo, per mezzo dei quali prese una forma sempre più non riconoscibile, altri ne furono fatti da autori ecclesiastici delle leggi riguardanti la chiesa parte isolatamente, parte incorporate nelle fonti ecclesiastiche del dritto (4).

CXLI.

La storia del dritto nell' impero bizantino, alla quale si appartengono i summentovati fatti, è tanto poco l'obbietto delle nostre investigazioni, quanto poco lo sarebbe la storia occidentale del dritto in un'epoca posteriore alla romana (5). Dobbiamo piuttosto considerarle come un organo di trasmissione della legislazione giustinianea, e soltanto con questo proposito furono scelte e date le summentovate notizie.

Il risultato, che può dedursi da queste sotto un tale rispetto è il seguente. Il dritto giustinianeo non ci fu trasmesso per un tal mezzo nella sua forma originale ma in parafrasi, estratti (6) e simiglianti lavori, dei quali i migliori (fatta eccezione della parafrasi di Teofilo) non ci pervennero interi. L' importanza che questi organi di trasmissione possono avere per il dritto giustinianeo, consiste avanti tutto in ciò, che con essi ci è possibile supplire all' originale, quante volte ci pervenne difettoso. Un tale uso è vantaggioso particolarmente per alcune costituzioni del codice, che non leggonsi nei nostri manoscritti, e per le novelle, delle quali molte pure mancano: senonchè questi frammenti che mancano e che debbono essere suppliti dalle fonti bizantine non sono materialmente d'una grande importanza. Una seconda applicazione, che può farsene, riguarda l'interpetrazione e la critica della parte che originalmente ci pervenne: sotto questo rispetto non di rado fu fatto un cattivo uso dei frammenti della legislazione e della letteratura bizantina per difetto di distinzione dei tempi

(1) La prima edizione, colla quale avevasi il proposito di pubblicare tutto quello che ci pervenne delle Basiliche, e che finora è la sola compiuta, è quella di Annibale Fabrot. *Basilicon libri* LX, in VII *tomos divisi* Par. 1547. Più compiuta sarà quella di G. Heimbach, che fu cominciata in Lipsia.

(2) Di tal natura è il manuale di Armenopulo, tratto dal *prochiron* di Basilio, dalla Basiliche, e da altre opere e pubblicato la prima volta in Parigi 1540: meglio da Reiz, (*Meermann thes.*) ed infine da Heimbach: *Costantini Harmenopuli manuale legum sive Hexabiblos cum appendicibus et legibus agrariis* 1851.

(3) Pubblicato da *Leunclavius Basil.* senza seguire l' ordine dei manoscritti.

(4) Di tal natura e particolarmente della prima specie è la collezione in 87 capitoli, nei quali vedonsi sparsi i frammenti di dieci novelle giustinianee, di Giov. Antiocheno (scolastico) pubblicata da G. Heimbach, *Anecdota* II. (1840) p. 202, e segu. *Nel Giorn. crit.* di *Richter*, 1838 p. 391 si accenna ad un' altra collezione, che contiene le novelle relative alla chiesa non solo in estratto, ma in originale.

(5) Quella è stata trattata in un modo profondo e che come un compendio è un modello da C. Zachariä. *Historiae iuris greco-romani delineatio cum appendice ineditorum* 1839. È questa l' opera, dalla quale abbiamo tratte le notizie date nel §. 142. Ne tratta pure Mortreuil, *Histoire du droit byzantin ou du droit romain dans l' empire d'orient depuis la mort de Just. jusque à la prise de Const. n.* 1452. tom. 1843. Vegg. Zachariä nel *Giorn. crit. di Scheider* 1844 p. 794.

(6) È una eccezione la collezione delle novelle di dritto ecclesiastico, che mentovammo in una nota precedente, supposto, che avesse una origine bizantina.

e del contenuto di essi. Non solo si fece sovente ricorso alle basiliche come se fossero un'opera formata sotto Giustiniano, e colla quale non si fosse inteso ad altro che ad una ripetizione pura della sua legislazione, dovechè si appartiene ad un tempo ch'era caduto molto più profondamente in basso, e che non attingendo immediatamente dalle fonti giustinianee, contiene molti cambiamenti sì in rispetto alla forma come al contenuto, ma furono considerate a questo proposito come autorità alcune opere d'un tempo molto posteriore. Siamo persuasi, che novelle investigazioni sulla storia bizantina del dritto distruggeranno questi errori, come pure metteranno nel grado di dare un giusto valore a tutte quelle opinioni arrischiate, che si hanno sul vantaggio che si può trarre per la conoscenza del dritto giustinianeo da questo *ius civile postiustinianeum*, come si suole denominarlo. Si acquisterà la persuasione, che le basiliche possono formare una delle autorità, che noi abbiamo sulla lezione e sul senso dei codici giustinianei, solo quando ripetono fedelmente le traduzioni del tempo di Giustiniano, ed anche ciò in quel grado d'importanza, che può riconoscersi alle opinioni d'un contemporaneo di Giustiniano sul punto controverso. L'una e l'altra cosa non avviene generalmente in tutti, ma pure in molti casi: avendo presente tutto questo l'importanza scientifica di quelle fonti per l'intelligenza del dritto giustinianeo non pareggia quella dei frammenti del dritto anteriore a Giustiniano.

Nei tempi moderni, più di quello ch'erasi fatto nel passato, investigazioni profonde e vaste furono fatte sulle fonti bizantine, come su tutte le altre. L'importanza di esse è già molta anche a considerarla rispettivamente al summentovato profitto negativo che se ne può trarre, e certo non potranno mancare risultati anche positivi per una conoscenza più esatta dei singoli punti del dritto. E se a questo novello impulso si associa un concetto esagerato del suo valore, il quale per altro è tanto naturale, soltanto un pedante potrà considerare come una esagerazione pedandesca un tanto zelo indispensabile per questa novella pianta (1). Per contrario non può non disapprovarsi quello che dice Mulembruch, che le basiliche sieno la parte la più importante per l'interpetrazione e la critica del dritto giustinianeo (2); giacchè con una tale esagerazione forse si nuoce alla causa della verità: e se anche ciò non fosse, è certo però, che s'induce in errore il giudizio di coloro, che danno ascolto ad una tale voce.

Per esprimere in poche parole l'uso, che può farsi delle fonti bizantine, diciamo che esse possono giovare in tre modi:

1) A compiere i vuoti, particolarmente quelli del codice e delle novelle; questo è l'utile maggiore, che può trarsene.

2) Per la critica dei singoli frammenti. Anche sotto un tale rispetto la loro importanza è molta: senonchè la loro autorità va soggetta a molte limitazioni, non solo perchè non può generalmente supporsi, che colui, dal quale ci vennero trasmesse, si fosse servito d'un manoscritto esente da errori, ma perchè per questo manoscritto e per gli altri che ci trasmisero queste fonti, havvi molte possibilità di falsificazione.

3) Per l'interpetrazione dei frammenti. In ciò più che per qualunque altro rispetto ne è precaria l'importanza. In alcuni casi scorgesi da esse, quale significato davasi nel tempo della loro origine ad un determinato principio di dritto: ma con ciò non è deciso, che un tale significato fosse il vero (3).

Trasmissione della legislazione giustinianea per mezzo dell'occidente.

§. CXLII.

La legislazione giustinianea si ebbe nei paesi occidentali un destino tutto diverso da quello che fu il suo nell'impero, per il quale era stata formata. L'Italia era destinata a ricevere il dritto romano nella forma giustinianea, ad esserne la culla per la novella sua vita come lo era stata per la prima, a trasmetterlo alle rimanenti nazioni.

Fin dall'anno 535 Giustiniano guerreggiò contro il regno ostrogotico, ed introdusse la

(1) Sentiamo il dovere di dichiarare, che appunto quelli, che maggiormente fecero per questo obbietto, sono lontani dall'estimarne esageratamente il valore; per esempio, Zachariä nella prefazione all'opera citata.

(2) Mühlembruch, *Dottrina delle pandette* §. 13. Le ragioni, ch'egli ne adduce sono: « che un tal libro è quasi letteralmente attinto dalle principali fonti di questo dritto, o almeno dalle versioni greche di esso ».

(3) Non cade qui l'acconcio di considerare, a che possano giovare Teofilo ed altri, quando essi attingono dalle fonti anteriori a Giustiniano. Nel caso felice è un principio dell'antico dritto, che ne riceviamo: quando noi dunque vogliamo giovarcene per l'interpetrazione del dritto giustinianeo, non è questa per una tale interpetrazione l'applicazione del dritto posteriore, ma dell'anteriore a Giustiniano.

sua legislazione nelle parti successivamente conquistate. Nel 553 la conquista dell' Italia era compiuta; ed in una legge del 554 colla quale molte cose furono ordinate dopo la distruzione del regno ostrogotico, si fa menzione anche dei codici e delle novelle, che dovevano essere stati inviati precedentemente in Italia, e se ne ordina novellamente l' applicazione (1).

Breve fu la durata del dominio bizantino in Italia: tre anni dopo la morte di Giustiniano i Longobardi vi si stanziarono nella parte superiore: anche la parte media e la inferiore si affrancarono successivamente da quel dominio.

Un tal fatto non ebbe alcun effetto per la validità del dritto giustinianeo, o se pure fuvvene uno, questo si fu, che il dritto romano rimase più puro di quello che avrebbe potuto essere sotto un tale dominio. Questo paese animato dal soffio della libertà germanica ringiovenì e preparossi ad una novella vita spirituale, mentre l' oriente languì. I comuni, ch' elevaronsi ad una indipendenza inconcepibile in un tempo anteriore, furono principalmente quelli, nei quali il dritto romano si mantenne perennemente vivo, ed in cui destossi posteriormente una novella attività intellettuale.

La insipida favola della sparizione totale del dritto romano dopo il sesto secolo, e della sua arbitraria e novella introduzione nell' undecimo e duodecimo secolo con un ordine imperiale ha perduta fin da lungo tempo ogni fede presso gli uomini capaci di giudicare. Ma poco erasi guadagnato colla generale persuasione della non interrotta durata di quel dritto, quando non vi si associava una conoscenza concreta e viva di questa durata. Una tale conoscenza è divenuta possibile per le investigazioni di Savigny, e l' impareggiabile esposizione dei loro risultati (2).

Nel dodicesimo suolo educossi in Bologna, e da questa si diffuse in altri luoghi una scuola di giureconsulti, che occupossi del dritto giustinianeo quale lo trovò con una forza di spirito, che fatta considerazione dei soccorsi esterni ch' essa possedeva, e delle condizioni giuridiche dei secoli precedenti, rimarrà sempre un obbietto di maraviglia.

Per il mezzo di questi giureconsulti il dritto romano fu trasmesso alle altre nazioni come un dritto umanitario; l' impulso ch'essi dettero alla giurisprudenza, continua ancora anche nei tempi nostri. Furono denominati glossatori dalle note, che scrissero al testo giustinianeo, le quali furono dette glosse. Il primo di essi fu Irnerio, che scrisse ed insegnò in Bologna nel principio del dodicesimo secolo, l' ultimo è Accursio, che morì verso l' anno 1260 (3).

Questa scuola di glossatori fu quella altresì, che fu di grandissima importanza per la trasmissione del testo giustinianeo.

Noi prenderemo ora in considerazione le singole parti della legislazione giustinianea rispettivamente al modo, in cui possedonsi da noi, e tratteremo quindi della loro connessione esterna in un tutto.

Istituzioni.

§. CXLIII.

Havvi delle istituzioni una immensa quantità di manoscritti: stantechè a cagione della loro minore estensione e della qualità di compendio trovarono un maggior numero di copisti e di compratori. Molti di questi manoscritti non sono di grande importanza per la critica: il maggior numero è del secolo quattordicesimo e quindicesimo, e proporzionatamente molto piccolo è quello del dodicesimo e tredicesimo, ed ancor più piccolo quello del tempo anteriore ad Irnerio: di questi ultimi, ed in vero non posteriori al decimo secolo, quattro ci sono noti, sebbene pervenutici a frammenti. È fra questi il manoscritto, del quale 88 folii trovansi in Torino: esso contiene oltre il testo una glossa, la cui formazione è del tempo del dominio bizantino in Italia (4). Per le medesime ragioni, che furono addotte per la grande quantità dei manoscritti, l' edizioni delle istituzioni sono innumerevoli (5).

Pandette.

§. CXLIV.

Quasi tutti i manoscritti delle Pandette sono del dodicesimo fino al quindicesimo se-

(1) *Const. pro petitione Vigilii* cap. 11.
(2) Savigny, *Storia del dritto romano nel medio evo.*
(3) Savigny, v. 3, 4, 5.
(4) Savigny, *Storia* II. §. 71.
(5) La prima è di Pietro Schoyffer, Magonza, 1468; la più recente, per la quale furono adoperati tutti i soccorsi della critica, è quella di Schrader: *Corpus iur. civ. Berol.* 1821. 4. tom. I. il testo di questa edizione con brevi note *Berol.* 1831.

colo: furono direttamente o indirettamente formati sotto la direzione dei glossatori, come infatti sono ripiene delle glosse di questi. Questa loro comune origine è pruovata dal loro accordo sì relativamente ad una divisione tutta particolare (*Digestum vetus*, *Infortiatum*, *Dig. novum*) della quale faremo parola appresso, come per alcune lezioni, che noi troviamo in tutti, quando a causa di corruzione del manoscritto non vi fosse una eccezione per questo o per quello, sebbene occorressero altresì delle differenze nelle lezioni, le quali pruovano, che i manoscritti furono formati sotto direzioni diverse.

Fatta astrazione dagli errori e dalla negligenza dei copisti tre fatti contribuirono a determinare la qualità di questi manoscritti. Il primo ed il più importante consiste negli antichi manoscritti, che i più antichi glossatori trovarono. La opinione la più inverisimile si è, che vi fosse un solo manoscritto, che avesse formata esclusivamente la fonte di tutti gli altri (1). I glossatori che servivansi dei codici come d'un manuale per le scuole commentandolo nelle loro lezioni, sentivano l'obbligo di ristabilire il vero testo secondo il loro modo di vedere nelle differenze, che scorgevansi nei manoscritti: da ciò proveniva nei punti principali una conformità di tutti i manoscritti usati dai loro uditori, ed un tale accordo stante l'uso che facevasi di quei codici, dovette sembrare necessario fino ad un certo grado. Questo secondo effetto, di cui è conseguenza anche quella simiglianza che osservasi fra tutti i manoscritti del duodicesimo secolo, non può essere attribuito ad un solo glossatore, che ne avesse anticipatamente concepito, e poi attuato il pensiero; esso fu l'opera di tutta la successione dei glossatori, che produssero un tale risultato sì colla loro attività positiva, come coll'accogliere il testo, qual'era stato ristabilito dai predecessori. Il terzo fatto infine è l'opera individuale, l'attività critica, i cui frutti non furono ricevuti generalmente, e fu la causa perciò delle differenze, che occorrono nei singoli manoscritti, ed in tutta la classe di questi.

Ma oltre i manoscritti formati dalla scuola dei glossatori uno più antico ed importante ci è pervenuto, che risale al settimo secolo, e senza dubbio al tempo, in cui durava ancora il dominio greco in Italia (2). Questo manoscritto era nel tempo dei glossatori in Pisa, dove era considerato come un tesoro pubblico di grandissimo valore e come un monumento di gloria per la città. Quando Pisa venne sottoposta nel 1406 al dominio fiorentino fu trasportato in Firenze, dove trovasi presentemente (3). Questa venerazione, che divenne generale anche fuori Pisa, sicchè si ricordano delle pubbliche imbasciate, colle quali fu chiesto ed ottenuto come uno speciale favore il poter consultare il manoscritto nei punti litigiosi, fu occasione della favola, che manca d'ogni fondamento storico, che un tale manoscritto fosse stato quello, che si ebbe nelle mani lo stesso Giustiniano, e la fonte di tutti gli altri, e che l'imperatore Lotario l'avesse dato in dono ai Pisani nel 1135 nel bottino fatto in Amalfi. Un tale manoscritto fiorentino varia dagli altri, che noi abbiamo, sì per la summentovata divisione in tre parti, che manca in esso, come pure in molte lezioni, ed anche in ciò, che alcune volte contiene più altre volte meno degli altri. Per contrario questi si accordano con quello in molti manifesti errori, dei quali il più evidente è la trasposizione della *L.* 158. — 199 *D. de R. I.* (50, 15) dopo la *L.* 117 di questo titolo: il quale errore nel manoscritto fiorentino dovettesi originare dalla confusione di due folii, e che trovasi ripetuto in tutti gli altri, che ci sieno noti.

Il modo, onde si concepisce l'attenenza del manoscritto fiorentino cogli altri è di grandissimo momento per la critica delle pandette: se gli ultimi furono formati sul primo, questo solo dovrebbe servire di fondamento a tutta la critica dei manoscritti, e tutte le varietà di essi, quando non provenissero dalla semplice negligenza dei copisti

(1) Odofredo († 1265) ritenendo nelle sue lezioni la supposizione del passaggio dell'insegnamento del dritto da Roma a Ravenna, e da Ravenna a Bologna, suppone che ciò sia avvenuto col trasporto dei codici giustinianei (Savigny, III. p. 427) quasi fosse stato sempre un medesimo esemplare, che con varie vicende avesse fatto un tal viaggio da un luogo in un altro. S'intende, che tutto questo non è che un giuoco di parole.

(2). Quello che sussiste ancora oltre gli antichi manoscritti dei glossatori o pure in singoli libri o titoli di essi, non merita alcuna menzione. Alcuni piccoli frammenti spezzati d'un manoscritto sopra papiro (pubblicato 1842 da Zacharià. *Gior. per la scienza stor.* XI. 8), quattro folii in pergamena del 20 libro (Gaupp: *quatuor folia antiquiss. alic. dig. codicis rescripta Neapoli nuper reperta* 1823) sono quasi non leggibili.

(3) Leggonsi delle riflessioni importanti sulla origine di questo manoscritto in Zacharià, *Viaggio in oriente* (1840) p. 49.

pisti, dovrebbero essere considerate come congetture dei glossatori. Ben altra cosa dovrebbesi dire, quando i manoscritti dei glossatori fossero stati formati sopra altri codici per noi perduti: in tal caso essi (in difetto di pruova che le varietà dovessero essere attribuite alle semplici congetture dei glossatori) avrebbero un'autorità indipendente, che solo in un certo grado sarebbe minore a quella del manoscritto fiorentino a causa del dubbio e dell'incertezza di distinguere, se quelle varietà provenissero dalle congetture, o dagli stessi manoscritti, e se questi pareggiassero per antichità ed accuratezza il fiorentino. Osserveremo, che quest'ultima opinione è la più vera.

Gli stessi glossatori, per quanto fossero preoccupati dall'autorità della lezione del manoscritto fiorentino, ch'essi denominano *litera Pisana*, in quei casi nei quali ne sono certi, oppongono a questa un'altra come al tutto indipendente denominandola *litera vetus*, *antiqua*, *communis*, e sono bene alieni dal considerarla come una semplice corruzione della fiorentina.

L'opinione, che il manoscritto fiorentino fosse la fonte di tutti gli altri (1), non è sostenibile. Anche nella generalità è molto inverosimile. È certo, che molti manoscritti erano in Italia prima dei glossatori, e molti ne trovarono anche questi particolarmente nell'Italia superiore. In tal caso è possibile soltanto la seguente alternativa, o i glossatori prescelsero fra questi manoscritti il fiorentino (o uno copiato da questo) e rigettarono gli altri, facendo ricopiare soltanto quello, o pure che i precedenti manoscritti fossero stati già copiati dal fiorentino in un tempo più remoto.

Il primo caso non è concepibile stante il modo, onde i Pisani consideravano il loro manoscritto: il secondo farebbe supporre, che Giustiniano avesse inviato un solo manoscritto in Italia, e che fosse questo appunto il pisano, il che niuno vorrà tenere per probabile. Una tale opinione ci riporta all'antica favola della totale estinzione del dritto romano, della novella scoverta di questo nel manoscritto fiorentino, e delle sue vicende avventuriere. L'esistenza di altri manoscritti in Italia, che differenti dal pisano furono usati dai glossatori diviene indubitata per il fatto, che quello ha dei vuoti, che tali non sono nei manoscritti dei glossatori. Molti in vero furono ripieni per congettura dei glossatori; per molti però (quando trattasi d'un intero frammento), ciò è inconcepibile, ed è forza ammettere altri manoscritti originali, che vi supplirono (2).

Tali frammenti, che servono di supplemento, per riempiere i vuoti occorrono sino al libro 45, sicchè sino a questo punto possiamo senza tema di andare errati negare al manoscritto fiorentino la qualità di fonte dei manoscritti dei glossatori. Le ragioni finora esposte non escludono però una origine parziale di questi manoscritti dal fiorentino, almeno per quanto riguarda gli ultimi libri delle pandette, e non ha nulla di strano, che i manoscritti trovati dai glossatori fossero incompiuti, che anzi si ha a tal proposito una tradizione confusa (§. 148), e molti dotti opinarono per una tale origine parziale dei manoscritti dei glossatori dal fiorentino a causa di quella trasposizione dei frammenti nell'ultimo titolo, la quale evidentemente provenne soltanto da un tale manoscritto. Per se stesso un tal fatto potrebbe essere spiegato in tutt'altro modo: per esempio potè avvenire, che trovando una tale varietà nel manoscritto fiorentino, si ritenesse per il vero ordine dei frammenti, e s'introducesse quindi nei rimanenti manoscritti.

Ma vi si aggiunge, che nel manoscritto fiorentino (*L.* 48, *tit.* 20) il titolo si chiude colle parole della *L.* 7. §. 4, *cuius in potestate* (la rimanente parte del titolo venne supplita da Cuiacio sulle basiliche); e la medesima cosa può dirsi dei 20 ultimi frammenti del titolo 22 del medesimo libro. Tutti i manoscritti dei glossatori hanno in simigliante modo i medesimi vuoti. Sarebbe questa una pruova molto verisimile per ammettere l'origine di questi ultimi libri dal manoscritto fiorentino.

La formazione del testo delle pandette sui manoscritti non è invero così semplice, come sarebbe stata, quando fosse vera la confutata opinione, che fossero stati formate esclusivamente sul manoscritto fiorentino: ma anche ritenuta l'opinione più vera, è sempre abbastanza semplice, particolarmente in paragone di quella del codice. Il loro testo si fonda; 1) sulla lezione fiorentina, alla quale deve riconoscersi una grande autorità stante l'antichità del mano-

(1) È principalmente difesa dagli autori, i quali ebbero cura della stampa del manoscritto fiorentino (Taurellio), o lo confrontarono con molta fatica (Brenkmann): è interamente confutata da Savigny, *Storia* III §. 165 e segu.

(2) Una collezione di questi brani, che riempiono quei vuoti vedesi in Savigny, III §. 167.

scritto: fu la prima a divenire pubblica per la stampa del manoscritto fatta a cura di Lelio e Francesco Taurellio. (Firen. 1553, fol.), e quindi per un nuovo confronto fattone da Brenkmann (1709 e 1710), le cui carte furono poste a profitto per la edizione fatta a Gottinga (1776) (1). 2) Sulla lezione degli altri manoscritti, che si suole denominare *vulgata*. Le lezioni di questi in quanto variano dalla fiorentina sono di doppia specie. In parte furono formate dai comuni e successivi sforzi dei glossatori per ristabilire il vero testo, e dalle loro congetture, in parte furono trasmesse dagli antichi manoscritti ed ebbero la medesima autorità di quelle già riconosciute nelle scuole (detti perciò *litera comunis*), ed altrove comprese sotto la denominazione *litera bononiensis*: al presente si suole denominarle *litera bononiensis*. Noi possiamo riconoscerle col confronto dei manoscritti della *vulgata* col fiorentino. Alcune volte non hanno in generale alcuna connessione colla scuola dei glossatori, e sono più o meno isolate varianti dei singoli manoscritti, o di molti di questi formati l'uno sull'altro. La loro origine è varia: astrattamente da quella fenomenica per errore o per negligenza dei copisti poterono originarsi dalle congetture, che certo non trovavano un' ammissione generale nelle scuole, ma potevano pure provenire dal testo dei manoscritti anteriori ai glossatori in quei luoghi, nei quali l'opinione comune non ne fece alcun conto, ossia non passò in *litera communis*. Ma più importante di queste distinzioni esterne (la cui esatta indicazione per altro, come fu fatta in particolare da Savigny, sarà sempre un servizio reso alla scienza) è un'altra per la critica delle pandette, della quale non si ebbe finora degnamente considerazione e che non si confonde colle prime.

Nell'uso critico dei manoscritti della volgata è di sommo momento determinare per quanto è possibile, quali lezioni si fondano sull'autorità degli antichi manoscritti, e quali sulle semplici congetture. Soltanto le prime debbono fare autorità: e perchè la *vulgata* e le lezioni isolate di questa si fondano in parte su semplici congetture, è un errore manifesto, ed anche comune, pareggiare la *vulgata* al manoscritto fiorentino, dovechè un tal metodo sarebbe giustificato, solo quando si avesse una certa sicurezza, che la sua lezione fosse stata tratta dai manoscritti originali.

Le più antiche edizioni delle pandette furono fatte su i soli manoscritti della *vulgata* (2). Un primo confronto del manoscritto fiorentino coi precedenti fatto da Poliziano (1494), dal quale fu tratto la prima volta profitto per la edizione di Lione (1510), dette il primo impulso verso una novella direzione. Il primo lavoro critico ed eseguito in certo modo sistematicamente (per il quale fu tratto profitto da quello di Poliziano, e da molti manoscritti della vulgata) fu quello di Gregorio Aloandro, la cui edizione apparve in Norimberga l'anno 1529: si suole denominare *lectio haloandrina* o *norica* il testo ristaurato da lui. Fin dal tempo della edizione di Taurellio la lezione dei manoscritti della *vulgata* fu comunemente o molto negletta o male usata e senza tenere alcun conto della sua importanza.

La medesima osservazione è applicabile anche alla edizione di Gottinga (1776), che fu preparata e cominciata da Gebauer, e (morto questi dal corso della stampa) continuata da Spargeberg, sicchè essa riesce utile per il manoscritto fiorentino, ma al tutto inutile per la conoscenza della *vulgata*. Gebauer arbitrariamente distingue i manoscritti e le edizioni da lui adoperate in due classi, ed anche arbitrariamente dice *vulgata* le lezioni di una.

Il Codice.

§. CXLV.

Anche per il codice la maggior parte dei manoscritti appartiene ai tempi dei glossatori ed a quelli, che immediatamente seguono. Soltanto successivamente i glossatori del dodicesimo secolo dettero al codice quella forma, ch'esso fin d'allora ha avuta. I manoscritti, ch'essi trovarono, erano in massima parte (sì per sconsideratezza, come per volontà) incompiuti, ed anche in parte differenti fra loro in quanto all'ordine delle singole costituzioni. Un difetto comune si era di contenere tutti i soli primi nove libri: i glossatori persistettero in questa tradizione

(1) Brencmann voleva egli stesso attendere ad una edizione; ma essendo morto nel 1736, i materiali da lui raccolti passarono a Bynkershock, dopo la morte del quale a Gebauer in Gottinga, ch'essendo pure morto le carte trovansi nella biblioteca della università di quella città.

(2) La più antica, di cui abbiasi conoscenza, è: *infortiatum Rom.* 1475 fol. *digestum novum Rom.* 1476 fol. *dig. vetus Perus* 1476 fol.

dando soltanto ad essi il nome *codex*, distinguendo i tre ultimi presenti libri coll' espressione *tres libri*. Un secondo difetto riguarda le costituzioni greche, che solevano essere in parte o in tutto escluse: anche in ciò seguirono i glossatori l' esempio precedente, giacchè le lasciarono interamente, come avrebbero fatto anche senza esso. Veniva quindi negletto il contenuto d' interi titoli, che consistevano solamente di costituzioni greche. Per contrario posero ben mente a ristabilire l'interezza delle costituzioni latine, relativamente alle quali molti antichi manoscritti erano grandemente difettosi. Un terzo difetto si riferisce alle iscrizioni e sottoscrizioni : anche in ciò non furono felici i glossatori: il loro metodo di trattazione del dritto giustinianeo non faceva loro riconoscere il grande pregio di quelle, e quindi le soppressero.

Per contrario quando involontariamente quando volontariamente molte cose furono aggiunte nei manoscritti dei glossatori, che non si appartengono al codice. Questo avvenne con degli estratti dalle novelle, che formati già in massima parte da Irnerio, furono considerati posteriormente come parti essenziali del codice, nel quale sono posti in quei luoghi, che sono modificati dalle relative novelle. Furono dette *autenticae*, essendo questo il nome, che nel tempo dei glossatori davasi alle novelle, dalle quali erano tratte. Oltracciò per opera dei glossatori ed istanti gli stessi imperatori furono innestate nei corrispondenti luoghi del codice anche le leggi di Federico I (2) e di Federico II (11) parte in estratti e parte intere: anche queste furono dette *authenticae*, assimigliandole alle novelle di Giustiniano, e considerandole in certo modo come una continuazione : per distinguerle dalle prime si suole denominarle *authenticae fridericianae*.

Recentemente furono scoverti alcuni manoscritti del tempo anteriore ai glossatori, due del decimo secolo da Blume in Pistoia e Monte-Casino, nei quali riconosconsi le summentovate qualità degli antichi manoscritti, e quindi in Verona un numero di folii scritti per una seconda volta (71) appartenenti ad un manoscritto anche più antico, e che conteneva oltracciò alcune costituzioni greche (1).

Nel sedicesimo secolo un grandissimo passo fu fatto cogli sforzi di molti dotti, che seguirono differenti direzioni per ristabilire l'interezza del codice. Aloandro ha il primo eseguito qualche cosa di eccellente nella sua edizione dei 12 libri del codice (Norimberga 1520 fol.) relativamente al contenuto latino del codice ed alle iscrizioni. Altri, e particolarmente Cuiacio (nella sua edizione dei tre ultimi libri 1562, ed altrove) Augustino (*constit. graecarum codicis iust, collectio et interpr.* 1567) Conzio (nelle sue edizioni, ed in particolare in quella del 1571, e del 1576) intesero in ispecialità alla parte greca ed alla sua ristauzione sulle fonti bizantine. Su questi lavori furono principalmente formate l' edizioni posteriori e correnti, senonchè in queste non fu tratto profitto da tutti i risultati, e gli editori non fecero tutto quello che avrebbero potuto anche senza novelle investigazioni.

In un tempo a noi più vicino importanti lavori preparativi furono fatti particolarmente da Biener e da Witte per una critica compiuta del codice, coi quali intesero avanti tutto a ristabilirne l'interezza (2), e che recentemente furono posti a profitto nella edizione del 1843 fatta da Hermann. Quello che vi ha di più essenziale in questa edizione si è, che non si ebbero in non cale le costituzioni contenute nei manoscritti della *vulgata*, e si trasse profitto da tutti i più recenti soccorsi della scienza. In confronto coll'edizioni precedenti questa di Hermann è la sola, che sia capace d' ispirare una ben fondata fiducia sul testo che vi si contiene ed anche sui punti particolari di questo.

Le novelle.

§. CXLVI.

Fin dal tempo di Giustiniano fu fatta una collezione di 125 novelle (3) in un sunto latino da Giuliano, senza dubbio col proposito di facilitarne l'applicazione nella Italia soggetta al dominio giustinianeo. Questo lavoro fu più di qualunque altra parte della legislazione giustinianea diffuso in Italia in un tempo anteriore ai glossatori sotto il nome, *novella*, o *liber novellarum*, o *lex romana*, e simiglianti. Anche i glossatori

(1) Göschen nella prefazione alla prima edizione di Caio, e Blume, *Iter italicum* I, p. 262. Hermann nella prefazione alla sua edizione del codice p. XIV.

(2) Witte, *Leges restituitae* del codice giustinianeo 1830, Biener, *la revisione del codice giustinianeo rispettivamente alla sua interezza. (Giorn. per la scienza stor. del dritto.* VII. 5, ed 8. 1930.

(3) Biener, *Storia delle novelle di Giustiano* 1824.

lo considerarono come un mezzo importante per chiarire le novelle: ma posteriormente un tale uso andò perdendosi interamente (1). Oltre quella di Giuliano (e non in epitome) usavasi in Italia un'altra collezione di 134 novelle con traduzione latina, che fu fatta anche per l'Italia, e come sembra da molti autori. I glossatori riconobbero al suo testo la forza legislativa, e lo denominarono *authenticum* o *liber authenticorum*, poichè Irnerio ebbe ritrattata la sua primitiva opinione, che fosse un'opera artefatta. Ma nello stesso tempo se ne intraprese una distinzione di quelle dichiarate per inutili (*extravagantes*, o *authenticae extraordinariae*), e le *ordinariae* in 9 collazioni (sul modello dei nove primi libri del codice), le *extraordinariae* in tre collazioni (sull'esempio dei *tres libri*). I glossatori si valsero di queste collazioni per le citazioni, indicandone come *authenticae* o *tituli* le singole novelle, che vi sono comprese. Quelle 9 collazioni, quali furono fino al tempo di Accusio contenevano 97 novelle (98 *tituli*, giacchè la novella 8 è divisa in due titoli): per le tre collazioni delle *extraordinariae* non usavasi più di copiarle: pure nei manoscritti posteriori ne furono inserite nelle collazioni quando più quando meno. Sicchè i manoscritti dell'*authenticum* sono o più o meno compiuti: il più compiuto ed importante, giacchè più d'ogni altro si avvicina alla forma, in cui i glossatori trovarono l'*autenticum*, che anzi forse interamente la ripete (giacchè delle 134 novelle vi manca una sola), è uno che trovasi in Vienna, ed al quale fece attenzione Savigny il primo (2).

Oltre l'*authenticum* un'altra collezione delle novelle pervenne fino a noi in lingua greca, che contiene 168 numeri, e certo non le sole novelle di Giustiniano, ma anche quattro di Giustino II (140, 144, 148, 149), tre di Tiberio II (161, 163, 164), infine anche quattro editti del prefetto pretorio (165 — 168). Inoltre molte novelle vi si vedono parimenti ripetute: la medesima novella è contenuta nei numeri 32 e 34 (quella si riferisce alla pubblicazione greca e questa alla latina delle novelle) 41, e e 50; 75 e 104, 143 e 150 (il rapporto di questo due numeri è simigliante a quello del 32 col 34). Come quelle *formae praefectorum* sono un'aggiunzione arbitraria, così una tale collezione ha avute anche altre giunte: di tal ragione sono i 13 così detti *edicta Iustiniani* in lingua greca (dei quali tre occorrono anche fra quelle 167 novelle *nov*. 8, 111, 122) ossia le novelle di Giustiniano, con cui pensossi compiere la collezione. Questa collezione, che come scorgesi dalle riportate date, è una cattiva opera, ci pervenne per mezzo di due manoscritti, che si compiono scambievolmente. Il primo è il fiorentino, che fu pubblicato da Aloandro (Norimberga 1531. fol.); il secondo è il veneziano pubblicato da Scrimgero (1558. fol.): vi si aggiunge un indice greco delle rubriche delle 168 novelle, che trovasi in Parigi (3) formato sulla collezione contenuta dei due manoscritti, e che Cuiacio (nella *expositio novellarum* 1570) in una traduzione latina Heimbach (*anecdota* II. p. 237 e segu. 1840) ha pubblicato nella sua lingua originale.

L'edizioni delle Novelle (4) (la prima Rom, 1476, fol.) contengono fino a quella di Aloandro le ricevute 97 novelle dell'*authenticum* (ed anche queste sulle prime non sempre in un modo compiuto) ma sovente col supplemento di più o meno *extravagantes*. Un tale uso continua anche dopo quella di Oloandro del 1531, la quale posteriormente fu ristampata (Bas. 1542) coll'aggiunzione del testo dell'autentico per le 97 novelle e colla traduzione di Aloandro: anche questa traduzione fu stampata sovente senza il testo greco. Oltre le summentovate e quella di Scrimgero del 1558, l'edizioni dell'*autenticum*, detto ora *versio vulgata*, continuarono nel medesimo modo tradizionale. Ma cominciossi pure a combinare i lavori di Aloandro e di Scrimgero, ed infine ad innestare anche l'*authenticum* nelle 97 novelle tradizionali. Ciò fu fatto nella edizione di Conzio del 1571 (*Lugd*. 8) che riporta il testo greco secondo le precedenti edizioni ed il latino in parte dall'*autenticum* (ed in vero contenendo più novelle delle ordinarie 97, giacchè ne trasse altre 12 dai manoscritti più compiuti), parte da altre fonti, e (per 51 numeri) con traduzione propria, con quella di Aloandro, e di altri. Per rendere compiuta una tale miscellanea, conservò in vero alla collezione delle 168 novelle il suo ordine, ma cercò

(1) Noi abbiamo l'epitome di Giuliano in moltissimi manoscritti, dei quali alcuni furono scoverti recentemente: fu anche stampato sovente fin dal 16 secolo, ma in modo che una novella edizione è rimasta sempre un desiderio. Haubold, *Giorn. per la scienza stor. del dritto* IV. e. 9. Hanel, *cod*. VIII. 10.

(2) Savigny, *Giorn*. II. 3.

(3) Così detto, *index reginae* ossia dalla *bibliotheca reginae*. Zacharià (*anecdota* p.XX. VIII.) opina, non fosse state formato non sulla collezione, ma sul sunto di Teodoro.

(4) Vedesene la indicazione in Biener, *Storia delle novelle* p. 317 — 428.

di farla simile all'*authenticum* dei glossatori colla divisione in 9 collazioni. Una tale edizione di Conzio fu ristampata nel 1576 senza il testo greco, e tutti i seguenti editori, fatta eccezione per poche glossate edizioni del sedicesimo secolo, ne seguirono l'ordine. Hombergh ha data a Bach una novella traduzione delle novelle greche (*Marburg.* 1717. 4.). Questa ed anche il testo greco delle edizioni di Aloandro e di Scrimgero furono migliorate in molte cose da Osenbrüggen (*corpus iuris*), ma anche in questa più recente edizione fu imitata quella di Conzio in quanto riguarda la confusione (non giustificabile) della collezione greca e della latina. In nessuna edizione fu fatto ancora un lavoro critico con tutti i soccorsi che ora presenta la scienza, sulla così detta *versio vulgata* (*authenticum*). Dal tempo, in cui cominciò a destarsi l'attività critica, fin dal decimosesto secolo i critici la concentrarono quasi esclusivamente sul testo greco; e la collezione delle 168 novelle ebbe per se a causa dell'idioma la favorevole opinione, che in essa questa parte della legislazione giustinianea fosse nella sua purezza, e la *vulgata* fu per contrario negletta e disprezzata come un lavoro falso e barbarico; e questa erronea opinione che potevasi scusare in quel tempo e nei primi momenti della repellenza contro il metodo scientifico dell'ultimo periodo del medio evo, si è protratta fino ai nostri giorni. Ma poichè da alcuni anni (particolarmente per mezzo di Savigny rispettivamente all'*authenticum*, come di Biener e di altri per la collezione greca) opinioni più giuste sono possibili sul contenuto e sul merito relativo di queste collezioni, la venerazione esclusiva della collezione bizantina dovrebbe a giusta ragione cessare anche praticamente, e dovrebbesi volgere all'*authenticum* quella trattazione e restaurazione critica, che inutilmente sperossi fin dal tempo dei glossatori (1). Sarebbe omai tempo dopo trecento anni di porre un termine a quella confusione, che fu prodotta da Conzio in questa parte del *corpus iuris*: ed è quello l'unico modo di riuscirvi.

Corpus iuris civilis.

§. CXLVII.

Anche i glossatori considerarono le quattro parti della legislazione giustinianea come un tutto, per il quale da essi come da noi fu usata l'espressione *corpus iuris*, e *corpus iuris civilis* (2). Lo dividevano in cinque parti (*volumina*) delle quali le tre prime erano le pandette, la quarta il codice (i primi nove libri) la quinta infine conteneva tutto il resto, ossia: *institutiones authenticum*, *tres libri*. Vi si aggiungevano alcune altre materie, che i glossatori intramettevano nel *corpus iuris*: ossia, le collezioni longobarde di dritto feudale (*libr feudorum*), e molte leggi degl' imperatori Federico I., Federico II e Corrado. Le aggiungevano all'*authenticum* come *decima collatio*, collocandole perciò nella quinta parte, e per ordinario immediatamente dopo l'*authenticum*. Questa quinta parte non potendo essere denominata come le prime quattro dal suo contenuto stante la varietà di questo, fu detta semplicemente *volumen*, o pure (per essere molto più piccolo degli altri) *volumen parvum*.

Le pandette occupano le tre prime parti dell'intero *corpus iuris* con una divisione speciale. La prima contiene i primi 23 libri, e del 24 i due primi due titoli; sicchè finisce col titolo *de divortiis et repudiis*: ma ordinariamente vi si aggiunge il primo frammento del seguente titolo. Questa prima parte è detta *digestum vetus*. La seconda parte comincia col 3 titolo del 24.° libro (*soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*), o per ordinario col secondo frammento di questo titolo, che comincia (come la rubrica del titolo) colle parole *soluto matrimonio*, e contiene fino alla conchiusione del 38.° libro. Questa parte è detta *infortiatum*: la terza *digestum novum*; comincia col 39.° libro (il cui primo titolo ha la rubrica: *de operis novi nuntiatione*), e finisce colla conchiusione delle pandette. Ciascuna di queste tre parti è divisa inoltre in 2 *partes*; la seconda del *dig. vetus* principia dal 12 libro, quella dell'*infortiatum* dal 30, e dal 45° libro l'altra del *digestum novum*. L'*infortiatum* però ha altresì una terza parte, e denominasi *tres partes*, e comincia particolarmente con queste parole dal mezzo

(1) Ad un tal difetto fu provveduto nel modo il più soddisfacente da G. E. Eimbach: *Authenticum: Novellarum constitutionum Iustiniani versio vulgata*, la cui stampa cominciata nel 1846, è ora finita (1850.) Nota di Rudorf.

(2) Savigny, *Storia* III. §. 191.

d' un principio della L. 82. *ad leg. falcidiam* (35. 2.) (1). I glossatori usano altresì il nome *infortiatum* esclusivamente per le due prime parti, per esempio *infortiatum cum tribus partibus*, e molti assegnano le *tres partes* al *dig. novum* (2).

Due opinioni apparentemente contrarie furono proposte sulla origine d' una tale divisione, secondo l' una delle quali sarebbesi originata volontariamente, secondo l'altra a caso. L' ultima è molto antica : Odofredo († 1265) la spiegava in questo modo nelle sue lezioni (3). Irnerio ebbe sulle prime soltanto un manoscritto incompiuto delle pandette, che rimaneva interrotto al secondo titolo del 25.° libro, ma gli venne fatto di riceverne un altro, che per caso era interrotto in senso contrario, e che cominciando colle parole *tres partes*, giungeva sino alla fine: donde fu detto *dig. vetus* l' anteriore, e *novum* il posteriore; e che infine ne avesse trovato un altro più compiuto, dal quale potè trarre la parte di mezzo che mancavagli, e compiere in tal modo le sue pandette. Ma che cosa ne avvenne? qualche cosa d'inaspettato: noi non conosciamo s'egli avesse veduto in quel fatto un semplice caso, o se avesse considerato come un fatto invariabile la presente divisione in *dig. vetus* e *novum*. Invece di accogliere le pandette (come era da desiderare) quali erano realmente, formò del capriccio del caso una divisione permanente, dividendo le *tres partes* del suo *dig. novum*, e componendone la parte di mezzo mancante, che come afforzata dalle *tres partes* fu detta *infortiatum* da lui o da' suoi successori. Un tal metodo sommamente inverisimile è a mio avviso tutt' altro che afforzato dai racconti, coi quali Odofredo intrattiene i suoi uditori sopra un tempo trascorso già da più di cento anni. Egli vuole spiegare loro la parola *infortiatum*, dichiarando variare a tale proposito le opinioni ed aggiungendo che Irnerio la spiegava colle parole *auctum vel augumentatum* (sicchè lo stesso Irnerio considerava la parola come un problema). Lo stesso Odofredo soggiunge, che bisogna farsi presente, che sulle prime non tutti i libri del digesto trovavansi in Bologna, ma il solo *dig. vetus* e *novum*, e le istituzioni, che posteriormente vi si fosse aggiunto il terzo, ed allora avesse detto Irnerio : il nostro dritto si è afforzato, *infortiatum* (4). Del resto una tale opinione non esclude la origine volontaria della divisione, senonchè secondo essa il dividente vi sarebbe stato indotto da un caso sebbene d' un modo assai più assurdo, che se vi fosse giunto per proprio ritrovato, per quanto strano questo avesse potuto essere.

Che la divisione si fosse originata per puro arbitrio, sembra più probabile per il successo ch' essa si ebbe (5), ed avuta considerazione dello spirito del tempo, al quale senza dubbio si appartiene. Ma è confermato altresì dalla sua stessa qualità. Quando alcuno trovò necessario dividere le pandette per non portarle in tre grandi volumi, doveva essere per lui attraente guardando la cosa esternamente coll' occhio d' un copista e col gusto del suo tempo far coincidere colla separazione del matrimonio la divisione del libro, c *soluto matrimonio* in pari tempo *soluto libro* dare principio ad una novella parte. Continuando questa fino al 2 titolo del 35 libro, cercando la conchiusione della seconda ed un cominciamento alla prima occorrevangli le parole *tres partes*, che tanto più dovevano piacere come principio della terza, che forse in quel tempo anche l' ultima parte del codice era detta *tres libri*. E quando vi si connetteva la summentovata divisione in parti (sette secondo Giustiniano, ma certo differenti ora), le *tres partes* venivano a formare realmente le tre parti. La prima fu denominata *dig. vetus*, che significa la stessa cosa che *ius vetus*, che nel tempo anteriore a Giustiniano era espresso colla parola digesti (6), per la terza fu usata quella *tres partes*, la seconda come innestata fra queste due fu detta *in-*

(1) — *Sic fiet, ut centum quae praestari possunt, in quatuor partes dividantur* (qui finisce la seconda parte, e comincia la terza) *tres partes ferant legatarii* ecc.

(2) Per esempio Placentino in un brano indicatoci da Savigny. *Storia*, ecc. III. p.430.

(3) Se ne veggono i frammenti in Savigny, *Storia* ecc. III. §. 158.

(4) La nullità delle pruove di Odofredo per la dimostrazione della summentovata opinione fu da me dimostrata più particolarmente nel *Gior. della letteratura giur.* di Erlang. VII. p. 123.

(5) Solo in quanto si ritenga che fosse tradizionale nella Italia superiore (più concepirsi) come mai i glossatori l' avessero conservata non ostante la sua assurdità : a ciò può conchiudersi altresì dalla osservazione (che nel tempo dei glossatori occorrono appunto per l' *infortiatum* meno indizii di uso, il che importa) che sin da quel tempo le pandette erano già divise in tre volumi (dei quali l'uno poteva essere men usato dell'altro.

(6) Con ciò si spiega) perchè la parte di mezzo sia detta *infortiatum* senza l' aggiunsione della parola *digestum*.

fortiatum (1). Un altro migliorò la divisione seguendo lo spirito del suo primo autore, cominciando la terza parte col titolo *de operis novi nunciatione*, e rinvenne per questo *opus novum* l'espressione *dig. novum*, che formò un grato contrapposto al *dig. vetus*. Certo fu un caso, che sorpasserebbe tutte le casualità, il quale occasionò nello stesso tempo l'accordo di tutti questi punti (2).

Le singole parti della legislazione giustinianea furono generalmente copiate secondo la summentovata divisione di tutta l'opera in cinque *partes*, ed in tal modo furono parimenti formate le più antiche edizioni senza un titolo collettivo, sebbene per ordinario tutte le parti ritenessero il loro posto. La prima edizione, che porta il titolo collettivo *corpus iuris civilis* divenuto posteriormente generale, è quella di Dionigi Gotofredo, *Lugd.* 15 83. 4.

Delle edizioni del *corpus iuris* alcune sono glossate altre non glossate: le prime sono fornite della glossa, che Accursio formò, o ch'egli compose sulle glosse precedenti. Essa occorre parimenti nel maggior numero dei manoscritti. I manoscritti, che abbiano glosse anteriori ad Accursio, sono rari, e non furono mai stampati, fatta eccezione di alcuni frammenti nella storia di Savigny. L'edizioni glossate hanno inoltre quasi tutte la divisione del *corpus iuris* in cinque *volumina* aggiungendovisi alcune volte un sesto volume con un indice molto diffuso. Tutte l'edizioni sino al principio del sedicesimo secolo sono glossate: da quel tempo per cento anni furono parte non glossate parte glossate, finchè dal 1621 (*op. et stud. Lo. Fehii Iugd.* 6 vol. fol. non fu mai più veduta alcuna edizione glossata.

L'edizioni non glossate cominciano con quella di Parigi del 1525-27. 12, che segue ancora l'antica divisione del *corpus iuris*, che venne bentosto negletta. Fra il gran numero di queste edizioni meritano speciale menzione quelle di Gotofredo, non a causa del loro pregio critico, che è piuttosto nullo, ma per la moltiplicità di esse e per la loro vasta diffusione (3). Cominciano colla summentovata del 1583, 4. con note dell'editore, che a causa della indicazione dei luoghi paralleli non riescono al tutto inutili, e che posteriormente furono ripetute e compiute in una novella edizione fatta da Gotofredo (Gin. 1624 fol.). Questa edizione fu inoltre molto sovente (almeno venti volte) ristampata quando in folio, quando in quarto: merita altresì menzione quella fatta da Simone van Leeuwen (Amst. 1663 fol. (4). L'edizione di Gotofredo fu pure stampata sovente senza note.

Tra l'edizioni non glossate non appartenenti a Gotofredo merita speciale menzione quella di Aloandro già indicata trattando delle singole parti della legislazione giustinianea, pubblicata prima singolarmente ed in un formato differente, e ristampata in un tutto (Basilea 1541 *fol.* e 1570 *fol.*) quindi quella di L. Russando, pubblicata la prima volta in Lione (1560—61 *fol.*) la summentovata di Conzio (Lione 1571. 8.) ed egualmente quella di Gebauer, Gottinga, continuata dopo la sua morte a cura di Spangenberg (I. vol. 1776, 2 vol. 1797, 4.), della quale avevasi una grande aspettativa, ma che acquistò un certo pregio soltanto per il testo fiorentino delle pandette e per i papiri di Brencmann. La migliore, e la più adatta all'uso pratico fra tutte l'edizioni esistenti è quella pubblicata in Lipsia 1833-1843, per la quale i fratelli Kriegel dettero opera alle istituzioni ed alle pandette, Em. Herrmann al codice (§. 144), Osenbruggen alle novelle.

(1) È parimenti possibile (che il nome fosse di origine posteriore) quasi questa seconda parte fosse stata *afforzata* da quella detta *tres partes*.

(2) Hugo ha fondata la sua opinione (sulla origine volontaria della divisione) sopra molte ragioni particolarmente sui rapporti numerici (giacchè anche quando il dividente avesse fatta attenzione ai soli numeri dei libri dei titoli) quella partizione sarebbe stata in certo modo regolare. Possiam dispensarci dall'esaminare questa opinione: è certo però (che dobbiamo risolutamente rigettare la opinione di Hugo) che Irnerio fosse stato l'autore di essa.

(3) Anche l'edizioni glossate: (Lione 1589) Ginevra 1589, 1600. (Lione 1604 1612) Ginevra 1615. Lione 1618 (Ginevra 1619) 1625, (Lione 1627), sono di Gotofredo.

(4) Per la elezione d'una tale edizione di Gotofredo non furono determinanti alcuni vantaggi usati da coloro, che ne fecero un obbietto di negozio, ma la semplice parte esterna, per la quale (e solamente per questa) raccomandavasi particolarmente quella di Lipsia del 1740.

LIBRO III.

STORIA DELLA PROCEDURA CIVILE ROMANA

INTRODUZIONE

§. CXLVIII.

Nel secondo libro abbiamo esposto lo svolgimento storico del dritto romano in tutto il suo movimento organico. Una parte speciale di questo ossia il dritto privato sarà obbietto del quarto libro: questa è quella parte del dritto, per mezzo della quale il popolo romano ha operato sul dritto di tutti i tempi a venire; ci servirà di passaggio alla trattazione di questo una parte del dritto pubblico, che sta in una più immediata connessione con esso, ossia l' ordine della procedura civile. L' intimità d' una tale connessione è la ragione, per la quale la procedura civile non fu trattata nel precedente libro cogli altri elementi del dritto pubblico ed in quei luoghi, nei quali facemmo parola delle loro relazioni col dritto privato, ma prende ora un posto speciale.

Il dritto di procedura contiene due elementi: 1) l' indicazione delle persone attive nella procedura giudiziaria, e della loro condizione giuridica come tali: costituzione giudiziaria: 2) la trattazione della stessa procedura, ossia degli atti e dei modi da tenersi.

Lo scopo della procedura si è, assicurare il dritto da qualunque violazione e rimuoverne l'ingiustizia. L'occasione d'un processo civile proviene dalla violazione dei dritti, che possono essere obbietto di quistione: lo stesso processo civile è la forma d'una quistione cagionata dall'affermazione d'una violazione di essi dritti; l' ultimo scopo si è rimuovere lo stato di fatto, che non risponde al dritto, ed il ristabilimento di quello, che si accorda con questo. Ad un tale atto decisivo deve però necessariamente precedere la determinazione di quello, che in questo caso è conforme al dritto. Da ciò scorgesi, che vi sono due parti essenziali per la procedura civile giudiziaria: 1) la decisione della quistione di dritto per mezzo del giudizio del magistrato, ossia la determinazione ed il riconoscimento delle contrastate pretensioni; 2) l' esecuzione e l' attuazione di questa decisione, o la reale rimozione della ingiustizia, del disaccordo fra il fatto ed il dritto.

La decisione si fonda sull' applicazione delle regole giuridiche al caso presente. Essa suppone delle indagini preliminari, che hanno a loro obbietto due punti, il dritto ed il fatto, dai quali è formato il caso pratico, che dovrà essere deciso. Il giudicante dee avere la conoscenza di entrambi. La conoscenza del dritto è indipendente dall' ordine della procedura; ma si appartiene all'elemento di fatto quella parte della procedura, che si riferisce alle pruove.

Prima di cominciare le indagini, fà d' uopo farsene presente l' obbietto, ossia investigare quali pretensioni le parti elevano o negano l' una contro l' altra sottoponendole alle indagini ed alla decisione giudiziaria. È questo lo scopo di quei primi atti, coi quali si apre il processo.

Questi elementi, ossia la costituzione giudiziaria, e l'ordine di procedura nei suoi quattro momenti, atti primitivi, pruove, giudizio, esecuzione, sono in generale quello, di cui sarà trattato nelle pagine che seguono.

Credo qui a proposito indicare due opere, che possono riuscire utili per questa dottrina considerata nella sua generalità, o nei singoli punti. L' una e la più importante, quella di Bethmann-Hollweg, fa epoca per la trattazione della procedura dei tempi posteriori; può affermarsi, che fu la prima a darci una conoscenza connessa e viva di questa materia: oltrechè essa presenta molte nuove conoscenze anche per l' antica

procedura (1). La seconda non pareggia la prima nè per la trattazione, nè per i risultati, ma è una collezione di materiali, che tornano a non poca lode per lo studio indefesso del loro autore (2).

PRIMO CAPITOLO

Storia della procedura civile nei tre primi periodi.

Basi dell' ordine giudiziario romano.

§. CXLIX.

L'amministrazione della giustizia non era commessa come un ufficio esclusivo ad autorità speciali. Vi erano dei magistrati, per i quali essa formava il principale ministero, ma nessuno di questi vi si applicava esclusivamente. Sicchè essa formava anche per i magistrati con giurisdizione una sola parte di tutti i poteri della magistratura. Così anche il re aveva avuto l'esercizio del potere giudiziario, ma con tutte le altre parti dell'attività governativa: la stessa condizione fu quella dei consoli; e quando in fine pretori speciali furono scelti per la giurisdizione, questi nello stesso tempo esercitavano altri uffici amministrativi, che anzi cessando il consolato, si ebbero tutta l'amministrazione interna. La giurisdizione non fu costituita come un ministero a parte ed esclusivo dei rimanenti uffici pubblici.

Una tale costituzione avrebbe potuto essere un male per due considerazioni.

In prima l'esercizio della giurisdizione sarebbe riuscito impossibile per un magistrato, che oltre a questo era gravato di altri uffici pubblici, quando egli solo avesse dovuto adempire tutte le attività giudiziarie. Nei tempi primitivi per tutti i cittadini romani eravi un solo magistrato, al quale dovevano esporre le loro quistioni di dritto. A noi sembra un fatto naturale quello di dividere lo stato in più distretti, ciascuno con un magistrato supremo speciale, o con uffiziali subalterni, per opera dei quali egli eserciti la giurisdizione: ma un tal fatto era estraneo all'antica costituzione. Anche quando posteriormente estendendosi l'impero magistrati speciali furono inviati nelle città italiche e nelle province, il giro della giurisdizione del pretore romano e d'una gran parte degli altri magistrati rimase purtuttavia tanto considerevole, che era impossibile, ch'essi avessero potuto prendere conoscenza e decidere tutte le quistioni, che venivano loro presentate.

Di molto maggiore momento era il pericolo che poteva provenire da una tale costituzione per l'amministrazione della giustizia, essendo questa rimessa illimitatamente ad un solo magistrato (3). Dovunque il giudice esercita altri ufficii oltre il giudiziario, avverrà sempre ch'egli userà per questo di quel procedere più indipendente ed arbitrario, che è inevitabile nelle faccende amministrative. Un tale pericolo non fu mai maggiore che per i magistrati romani, la cui condizione era tanto alta ed il loro potere sì importante, che ciascuno di essi nella sua giurisdizione appariva un monarca. Non ostante le limitazioni, che risultavano dalla forma propria del loro potere officiale (v. 1. §. 79.), dovette parere un bisogno urgente non rimettere al solo loro arbitrio tutto il processo giudiziario.

Noi troviamo, che fu provveduto all'uno ed all'altro pericolo nel modo il più semplice, e con un solo e medesimo mezzo. Un tal mezzo forma tutto il fondamento dell'antica procedura.

Non commettevansi ad un solo magistrato le indagini sul fatto ed il giudizio sulla quistione di dritto. La sua attività consisteva piuttosto in alcuni atti preliminari; egli aveva a fissare i punti della quistione, quello che l'attore chiedeva, e che il convenuto metteva in dubbio o negava, dava le forme di procedura alle scambievoli pretensioni, o con alcune condizioni ne indicava il giudice: l'ufficio del magistrato si limitava a questi atti: le indagini e la decisione per mezzo d'una sentenza ossia le più essenziali attività giudiziarie erano ufficio del giudice

(1) Bethmann-Hollweg, *Manuale della procedura civile* 1 vol. 1835 (pubb. anche sotto il titolo: *Costituzione giudiziaria e procedura dell' impero romano nella sua decadenza*; da servire come elementi per la storia del dritto romano fino a Giustiniano. Il libro è un modello di trattazione scientifica della materia l'autore in una vasta estensione.

(2) Zimmern. *Storia del dritto romano privato fino a Giustiniano*, v. 3. 1829 (*Storia della procedura romana nel suo svolgimento storico, fino a Giustiniano.*)

(3) Cicerone, *In Verrem* II. 2. *c.* 12. *dubium nemini est, quin omnes omnium pecuniae positae sint in eorum potestate, qui iudicia dant et eorum qui iudicant: quin nemo nostrum possit aedes suas, nemo fundum, nemo bona patria obtinere, si, cum haec a quopiam vestrum petita sint, praetor improbus, cui nemo intercedere possit, det quem velit iudicem, iudex nequam et levis, quod praetor iiusser, iudicet.*

(di uno o di più), sia che fosse eletto dal magistrato, o che venissero rimesse ad un tribunale permanente. Con ciò evitavasi in primo luogo di troppo gravare i magistrati, giacch' essi non avevano ad adempire quegli atti, che importano appunto una maggiore perdita di tempo, ed in secondo luogo s' impediva l'abuso del potere, stantechè gli atti più essenziali venivano rimessi ad altri.

Appunto in questa divisione delle attività giudiziarie fra il *magistratus* ed il *iudex* consisteva *l' ordo iudiciorum privatorum*, l'ordine ordinario della procedura, che a giudicarlo dalle sue parti essenziali esisteva già senza dubbio fin dai più antichi tempi, e nei successivi divenne più compiuto colla nomina volontaria dei giudici oltre i tribunali permanenti, e durò fino alla fine del terzo periodo (1). Questa procedura ordinaria aveva due momenti: 1) il primo *in iure* avanti al magistrato, che serviva di fondamento a tutto il processo ulteriore, ed in cui prendevano forma giudiziaria le pretensioni delle parti: 2) il secondo *in iudicio* davanti al giudice, che adempiva tutt' altro, ch' era conveniente per definire la lite giudiziaria, e che chiudevasi colla decisione: *sententia iudicis.*

Oltre questa eravi una procedura *extra ordinem*, *extraordinaria cognitio*. In alcuni casi lo stesso magistrato prendeva conoscenza del fatto, *cognitio*, e decideva con un *decretum*, sicchè la lite era giudicata senza essere rimessa ad un giudice. Ma non sempre in una simigliante procedura decidevasi interamente una quistione di dritto, o menavasi a termine definitivamente una faccenda giudiziaria senza ricorrere all'*ordo iudiciorum privatorum*: sovente facevansi soltanto degli atti provvisori per l'esame posteriore della controversia secondo il modo ordinario. Può ritenersi per certo, che la procedura straordinaria era molto limitata nel secondo periodo, ed ammissibile solo quando l' attività del potere più arbitrario del magistrato manifestavasi come un bisogno reale e non pericoloso. Nel terzo periodo crebbero i casi, nei quali il magistrato giudicava immediatamente: ne è ragione il dileguarsi successivo delle sicurtà per la libertà civile, le quali per altro durarono più che altrove nel dritto privato; sicchè nel terzo periodo l'*ordo iudiciorum privatorum* rimase sempre la regola generale, sebbene violata in molti casi. Noi osserveremo, che nel quarto periodo la *straordinaria cognitio* sostituì interamente l' antica procedura ordinaria.

COSTITUZIONE GIUDIZIARIA.

A. *Magistrati*.

§. CL.

Tre furono nei primi tempi i magistrati con giurisdizione in Roma, prima i re, ai quali successero i consoli e forse i censori per lungo tempo, il pretore urbano, a cui fu aggiunto posteriormente il pretore peregrino, e gli edili curuli; nel terzo periodo continuarono ancora i pretori per alcune faccende giudiziarie e principalmente lo stesso principe, ed i novelli magistrati, ai quali egli rimetteva la sua giurisdizione (§. 88. 111); nelle città italiche i duumviri, ed i prefetti (§. 65, 91, 92, 94), al di sopra dei quali nel terzo periodo i *consulares* ed i *giuridici* (§. 92); nelle province i reggenti di esse oltre i questori provinciali (§. 67, 68, 93), ed i procuratori (§. 93).

Tutta l'attività d' un magistrato, che aveva la giurisdizione civile, era detta *officium ius dicentis* (2). Anche l' espressione *iurisdictio* è usata in un senso generale; ma anche in questo senso non esprime mai più dell' amministrazione del dritto civile: soltanto in un tempo posteriore occorre in un senso più largo, comprendendo altresì la giurisdizione criminale (3). L'*officium ius di-*

(1) Che un tale ordine fosse stato introdotto da Servio, che per tradizione era considerato l' autore di tutte le istituzioni favorevoli alla libertà, non ci è fatto conoscere da Dionigi, IV. 25, che si esprime nel medesimo modo tanto sulla giurisdizione dei primi re, che su quello dei consoli (X. 1.). Così pure la descrizione che ci è data da Tacito *Ann.* III. 26 dei poteri monarchici come illimitati perde ogni importanza per la presente quistione, stantechè una simigliante ci viene per i consolari da Livio III. 9. Infine anche le parole di Cicerone *de repub.* v. 2. escludono invero l'ammissione di persone private agli ufficii giudiziari, ma non quella dei giudici in opposizione del re, come *ius dicens.*

(2) Ulpiano, *L. 1. D. de iurisd.* (2. 1.): *ius dicentis officium latissimum est*, *nam et bonorum possessionem dare potest*, *et in possessionem mittere*, *pupillis non habentibus tutores constituere*, *iudices litigantibus dare.*

(3) Si è creduto trovare questo più largo significato in Papiniano *L. 1. pr. D. de offic. eius cui mand.* (1. 21); ma questo giureconsulto dice soltanto, che quei magistrati s' ingannino, in quanto che commettendo ad altri la loro giurisdizione (o perchè la po-

centis conteneva le seguenti parti principali.

1) *Iurisdictio* nello stretto senso, la capacità del *ius dicere*, ossia di quello che il magistrato aveva a fare nella procedura ordinaria. La procedura *in iure* consisteva in alcune parole solenni ed in alcuni atti, che dovevano essere pronunziate ed eseguiti parte dal magistrato parte dai litiganti (§. 161). Una tale attività era detta *lege agere* rispettivamente alle parti, e *ius dicere* per il magistrato. Posteriormente le sentenze del magistrato furono distinte in tre categorie espresse colle parole *do*, *dico*, *addico* (1). Nella procedura introdotta colla *Lex Aebutia* (§. 163) il magistrato *ius dicebat* formolando in iscritto una regola *(formula): ius dicebatur conceptis verbis*. Quell' antico *ius dicere* era possibile non solamente in una quistione di dritto ma anche per un fatto giuridico, che seguiva davanti ad un magistrato nella forma della *legis actio*, come per esempio nella trasmissione d' un dritto colla *in iure cessio*, nella manomissione: in questi casi l'attività del magistrato è richiesta dal volere consenziente delle parti: la *iurisdictio* è detta perciò *voluntaria* (2). È nostro proposito però trattare avanti tutto del *ius dicere*, che ha per scopo la decisione d' una lite giudiziaria, ossia della *iurisdictio contentiosa*, della quale una delle attività si era l' indicazione del giudice, *iudicis datio*, quante volte la quistione non spettava alla *cognitio* d' un tribunale permanente (3).

Questa giurisdizione formava propriamente la parte essenziale dell'*ufficium ius dicentis*: era comune a tutti i magistrati, che avevano l' amministrazione della giustizia. Soltanto per la *legis actio* fu fatta posteriormente una eccezione, essendo stata questa forma di procedura tolta a molti magistrati tanto nella sua applicazione ai fatti giuridici, quanto alle quistioni di dritto (§. 92).

2) *Imperium* (§. 79). I giureconsulti romani distinguevano l' *imperium* in *merum* e *mixtum* (4). *Merum* era detto l' *imperium*, che non era in alcuna connessione colla giurisdizione, e non riferivasi quindi all' *officium ius dicentis*: tal' era la giurisdizione criminale, quando era di pertinenza d' un magistrato (5): *mixtum* quello che riferivasi allo scopo dell'amministrazione civile della giustizia, e connettevasi quindi colla *iurisdictio* presso i magistrati, che lo esercitavano (6). Quando la parola *imperium* è usata per indicare in generale il potere d'un magistrato supremo, può ritenersi, che la *iurisdictio* formasse una parte essenziale di esso (7). L'*officium ius dicentis* conteneva oltreaciò alcuni poteri, che non erano propriamente compresi nella *iurisdictio*, e che nondimeno erano esercitati *iure magistratus*, e non per speciale concessione. Di questi è detto dai giureconsulti romani: *imperii magis sunt*, *quam iurisdictionis*. Le singole attività del magistrato, che come esempii occorrono nelle fonti (imposizione d' una cauzione pretoria, *missio in possessionem*, *in integrum restitutio*) non vi erano comprese arbitrariamente: ma eravi in fondo una regola che nella sua opposizione si manifesta come una vera *iurisdictio*, e sembra una distintiva comune di tutti i singoli casi, che vi erano noverati. L'*imperium*, che sta di rincontro alla *iurisdictio* propriamente detta, conteneva la capacità per la procedura *extra ordinem* con una *cognitio* e *decretum* del magistrato: una tale procedura era quella, che formava la

tessero commettere) opinassero poter fare la stessa cosa della giurisdizione criminale: egli usa dunque la parola nel senso ch' era ancora tecnico in quel tempo.

(1) Varrone, *De L. L.* VI. 30: — *nefasti, per quos dies nefas fari praetorem: do dico, addico, itaque non potest agi, necesse enim aliquo eorum uti verbo, cum lege quid peragitur.* Ovidio, *Fast.* I. 47. 48: *ille nefastus (dies) erit, per quem tria verba silentur, Fastus erit, per quem lege licebit agi.* Macrob. *Saturn.* I. 16. *fasti sunt quibus licet fari praetori tria verba solemnia: do, dico, addico.*

(2) *L.* 2. *D. de off. procons.* (I. 16). Anche qui la *iurisdictio* forma l' attività del magistrato, *legis actio* quella della parte. Delle espressioni: *magistratus, apud quem legis actio est (L. 3. eod. L. 4. D. de adopt.* I. 7. *)*, ed *habet legis actionem* (Paolo, II. 25. 4. , la prima è un' applicazione diretta ed anche giusta del summentovato modo di esprimersi, la seconda un abuso, che indirettamente vi si riporta.

(3) *Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia L. 3. D. iurisd.* (2. I.).

(4) Ulpiano, *L.* 3. 4. *D. de iurisd.* (2. 1.). Sebbene questi frammenti, quali occorrono nella compilazione giustinianea, fossero interpolati in molte parti, pure può scorgersi da essi e da altri che accennano a questa materia quello che noi asserimmo nel testo.

(5) *L.* 3. *cit*: — *merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur.*

(6) *Imperium quod iurisdictioni cohaeret L.* 1. *D. de off. D. de off. eius cui mand.* (1. 21.). Avvenne la confusione della *iurisdictio* coll' *imperium*, quando la legge licinia (387. trasmise la *legis actio* dai pontefici al pretore, ossia ad un magistrato patrizio con *imperium*.

(7) *L.* 3. *cit*: — *mixtum est imperium cui etiam iurisdictio inest.*

seconda parte essenziale dell'*officium ius dicentis*, e del quale le summentovate operazioni non erano che alcuni particolari elementi.

Queste funzioni dell' *imperium* non erano altrettante parti essenziali dell' *officium ius dicentis:* giacchè vi erano dei magistrati, ai quali mancava l' *imperium* e quindi la capacità per la *extraordinaria cognitio*, quando non la ricevevano in alcuni casi con una legge eccezionale, o per mandato d' un magistrato superiore: ciò avveniva per gli edili romani e per i magistrati municipali (§. 92).

3) Potevano essere compresi nell' *officium ius dicentis* alcuni ufficii, che *neque iurisdictionis neque imperii sunt.* Tali erano quelli, che non facevano parte dei poteri del magistrato *(non iure magistratus competunt)*, ma facevasene abilità al magistrato con una legge speciale (*specialiter lege vel senatoconsulto vel costitutione principum tribuuntur*). Di tal natura si era la nomina d'un tutore (1), la permissione d' una transazione sugli alimenti (2), e quella della vendita dei fondi da farsi da un tutore (3). Per queste operazioni non solamente non era essenziale, ma era puramente accidentale, che formassero una parte dell' *officium ius dicentis.*

La distinzione di questi tre diversi elementi aveva una doppia importanza, risultandone in primo luogo una limitazione alle capacità giurisdizionali del magistrato, e quindi una possibilità di delegazione.

La giurisdizione poteva essere limitata: 1) ad un numero di faccende giudiziarie: tale era quella degli edili sul commercio del mercato; quella inoltre dei *praetores fideicommissarii*, *liberalium causarum* ecc. 2) ad una determinata somma, della quale non doveva essere maggiore il valore dell'obbietto in quistione: questo avveniva per i magistrati municipali (§. 90. 77.) 3) alla vera giurisdizione, sicchè vi mancassero i poteri, ch' emanavano dall' *imperium*. È questa la limitazione, per la quale è importante quella classificazione.

Il magistrato, che aveva la *iurisdictio* in forza del suo ufficio, poteva delegarla ad un altro o in tutto o in parte, *mandare iurisdictionem* (4). La delegazione poteva essere fatta ad una persona privata come ad un magistrato, la quale qualità non era a questo riguardo di alcun momento, giacchè quegli nel rappresentare il delegante era considerato, come se avesse ricevuta la delegazione come privato, ossia senza avere un potere proprio (5). Più comunemente un tale *mandatum* era dato dai reggenti provinciali, che senza una tale possibilità non avrebbero potuto adempire i loro svariati ufficii (§. 93.); lo era parimenti dal pretore per alcuni ufficii dell'*imperium* ai magistrati municipali per maggiore agevolazione delle parti (6). Un tale mandato come qualunque altro perdeva ogni sua efficacia per rivocazione e per morte del mandante (7): il mandatario non poteva dalla sua parte farne alcuna delegazione (8). Nel terzo periodo diminuendo sempre più sotto il principato l' indipendenza dei magistrati, fu del pari limitato sotto molti rispetti l' esercizio della capacità di delegare. Per la possibilità del mandato relativamente all' obbietto è anche qui importante la summentovata classificazione. Poteva essere delegato quello che alcuno si aveva *iure magistratus*, ossia la vera *iurisdictio* e l' *imperium mixtum*, e non per contrario i poteri che non faceano parte dell'una o dell'altra, e non lo poteva essere particolarmente l' *imperium merum* (9). Nè deve indurre in errore il fatto, che con una co-

(1) *L. 6. §. 2. D. de tutel.* (26. 1.) *: tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit, vel lex vel senatusconsultum vel princeps.* Vegg. pure *L. 1. pr. D. de off. eius cui mand.* (1. 21).

(2) *L. 8. pr. §. 18. D. de transact.* (2. 15)

(3) *L. 2. D. de off. eius cui medo mand.* (1. 21.).

(4) *Dig.* I. 21. *de officio eius cui mandata est iurisdictio. L.* 17. *D. de iurisd.* (2. 1.) Non bisogna confondervi la nomina d'un giudice: questi non aveva in generale alcuna *iurisdictio* nè *propria*, nè *mandata:* l' *officium iudicis* era al tutto differente dal primo. Bethmann, *Manuale*, I. p. 47.

(5) *L. 3. de off. eius cui mand. non tamen pro suo imperio agit, sed pro eo cuius mandato ius dicit, quotiens partibus eius fungitur.* La validità del mandato dipendeva dai poteri del committente *L. 4. §. 6. D. de off. procons.* (1. 16).

(6) *L. 1. D. de damno inf.* (92. 2.): *cum res damni infecti celeritatem desiderat, et periculosa dilatio pretori videtur, si ex hac causa sibi iurisdictionem reservaret, magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit.* Una tale osservazione è indizio, che nello stesso editto pretorio (almeno sin dal tempo di Adriano) avevasi presente il caso d'una tale delegazione, *L. 4. §.* 3. 7-10 L. 7. *pr. D. eod.*

(7) L. 6. *D. de iurisd.* (2. 1.). L. 6. §. 1. *D. de off. procons.* (1. 16.).

(8) L. 5. *pr. D. de off. eius cui mand.* (1. 21.) L. 5. *D. de iurisd.* (2. 1.)

(9) *L.* 1. 5. §. 1. *D. de off. eius cui mand.* (1. 21.) *L.* 6. *pr.* 1. *D. de off. procons.* (1. 16.).

stituzione di Marco fosse data la *tutoris datio* al delegato del proconsole, che aveva soltanto una *mandata iurisdictio* (1): erasi già cominciato a vedere in questi *legati* una specie di magistrati sottoposti al proconsole (2), sicchè contro la regola generale per la *mandata iurisdictio* ammettevasi un appello dal legato al proconsole (3).

Della competenza.

§. CLI.

Quando un ufficiale aveva la giurisdizione ossia la capacità dell'amministrazione della giustizia in generale, e in particolare per quella specie di negozii giuridici, fra i quali noveravasi il precedente caso (tanto rispettivamente al rapporto di dritto, che alle persone, fra le quali esisteva) ciò non importava assolutamente, che potesse esercitare la sua giurisdizione in questo caso individuale. Questa capacità dell'esercizio del potere giurisdizionale in un caso individuale è detta competenza (4): l'incapacità in alcuni negozii giuridici può provenire o da difetto di giurisdizione o di competenza. Una tale distinzione è importante, giacchè al difetto di competenza potevasi rimediare per accordo delle parti, non così a quello di giurisdizione (5). Così la limitazione dei magistrati municipali ad una determinata somma era una semplice mancanza di competenza (6), non così l'incapacità per la *extraordinaria cognitio* proveniente da difetto d'*imperium*: ad essa non potevasi supplire coll'accordo delle parti, ma solamente con un decreto del magistrato superiore. Il procuratore di Cesare aveva la giurisdizione per le sole faccende fiscali, ma anche questa riferivasi alla sola competenza (7). La medesima cosa può dirsi dei diversi pretori, ai quali erano assegnate differenti parti della giustizia, *urbanus*, *peregrinus* ecc.

Coll'estendersi dell'Impero romano avvenne, che molti ufficiali coesistevano per i medesimi negozii giuridici, come per esempio il pretore romano coi magistrati municipali, e coi reggenti delle province. I due ultimi avevano nei primi tempi una giurisdizione limitata ad un distretto, che per quelli era il territorio della città, per questi quello della provincia. I pretori romani ufficiavano per tutto lo stato, finchè questo fu rappresentato dalla città di Roma: ma nel terzo periodo la loro giurisdizione da una tale autorità generale fu ridotta a quella d'un elemento particolare dello stato, ossia fu circoscritta ad un distretto, alla città ed al suo territorio, *urbica dioecesis* (8): purnondimeno sussistette sempre il principio, ch'essa estendevasi a tutti i cittadini romani. La competenza è fondata su ciò, che la persona, i cui rapporti giuridici debbono essere deffiniti con una decisione giudiziaria, è soggetta alla giurisdizione d'un tale magistrato, o con altre parole che questo tribunale forma il *forum* di questa persona in conseguenza d'un rapporto di essa col distretto sul quale estendesi la giurisdizione. Il fatto più generale, che abbia una tale conseguenza, è il *domicilium*, per il quale alcuno addiviene *incola*. Il principio, che il *domicium* (il centro locale della realtà giuridica d'una persona) assoggettando questa ad una giurisdizione, ne costituisca il *forum*, trova la sua applicazione per tutte le giurisdizioni distrettuali, per Roma, le città e le province. Oltre il *domicilium* vi ha una seconda connessione col distretto fondata sulle relazioni con un'associazione di persone, con una corporazione, che vive su quel *territorium*. La seconda connessione, che assoggetta alla giurisdizione, è la qualità di membro di questa corporazione, quella di *civis*. Una tale causa di competenza manca alla giurisdizione dei reggenti provinciali, perchè le province non essendo corporazioni, non vi ha quindi cittadini di province (9): es-

(1) *L.* 1. §. 1. *de tut. et cur. dat.* (26. 5.) *L.* 15. *D. de off. procons.* (1. 16.)

(2) Con ciò si spiega, perchè Pomponio credesse necessario espressamente dichiarare, ch'essi in realtà non avevano *nihil proprium*, considerando la loro giurisdizione un *mandatum* del proconsole, *L.* 13. *D. de off. procons.* (1. 16.).

(3) *L.* 1. §. 1. *L.* 2. *D. quis a quo app.* (49. 3.).

(4) Bettman-Hollweg, *Saggi sulle singole parti della teoria della procedura civile* (1827). Primo trattato.

(5) *L.* 1. 2. *pr.* §. 1. *D. de iudiciis et ubi quisque agere vel conveniri debeat* (5. 1.). *L.* 15. *D. de iurisd.* (2. 1.) L. 3. *C. de iurisd. omn. iudicum et de foro competenti* (3. 13.).

(6) *L.* 28. *D. ad munic.* (50. 1.).

(7) *L.* 1. *C. de iurisdict.* (3. 13.)

(8) *Vat. Frag.* 205. 232.

(9) L. 3. *D. de off. praes.* (1. 18.): *praeses in suae provinciae homines tantum imperium habet* — L. 190. *D. de V. S.* (40. 16), *provinciales eos accipere debemus, qui in provincia domicilium habent, non eos qui ex provincia oriundi sunt.*

sa è applicabile ai municipi ed a Roma (1). E perchè tutti i *cives romani* sono considerati come cittadini di Roma (*Roma communis patria*) riconoscesi ai pretori romani una giurisdizione generale, la quale estendesi al di là del loro immediato distretto. Si è *civis* d' un municipio (come di Roma) per nascita, e per tutto quello che è pareggiato a questa (2): è perciò che l' *origo* è indicata come fondamento di questo *forum*.

Le parti, fra le quali sorge una quistione di dritto, potrebbero avere differenti *fora*: a quale di questi dovrà essere presentata? Precedentemente abbiamo definita la competenza nel seguente modo: la persona, le cui relazioni giuridiche debbono essere giudicate giudiziariamente, deve essere sottoposta alla giurisdizione del suo magistrato. Veramente ciò può esser detto di entrambe le parti, ma particolarmente e secondo la forma della sentenza è vero soltanto per il convenuto, che in essa viene o condannato o assoluto. In tal modo originossi la regola: *actor rei forum sequi debet* (3). Ma perchè fosse efficace la competenza d'un magistrato, vi abbisognava altresì una condizione di fatto, ossia che il convenuto o dimorasse nel luogo del *forum*, o possedesse beni nel distretto della giurisdizione, giacchè soltanto in uno di questi casi era possibile cominciare una procedura contro lui (§. 160). Che anzi la dimora nel luogo del *forum* doveva essere considerata alcune volte come se tale non fosse realmente. Quando alcuno per faccende del suo municipio trovavasi in Roma come *legatus*, doveva essere citato davanti al pretore (nella sua qualità di *civis romani*), per quelle sole obbligazioni però che avesse contratte durante il tempo della sua legazione (4): negli altri casi aveva il *ius revocandi domum*, quando prometteva farsi trovare nella sua patria in un determinato giorno (5).

Il foro della *origo* e quello del domicilio non erano però i soli. Avanti tutto un magistrato, che non era competente, poteva addivenirlo per accordo anche tacito delle due parti, in quantochè volontariamente vi si assoggettavano (6): questo fu confermato colla *lex iulia iudiciorum* (7). Una tale competenza volontaria originavasi col fatto d'essere realmente cominciata la procedura, ossia colla *litis contestatio* (§. 172) e non colla semplice presentazione davanti al magistrato (8): il semplice anticipato consenso o la promessa di presentarsi davanti al tribunale incompetente non toglieva la eccezione della incompetenza, la *praescriptio fori* (9). Per contrario la convenzione poteva avere piena forza tanto per la *litis contestatio*, che par la *stipulatio iudicio sisti* (§. 160). Eravi però un terzo modo, col quale per accordo delle parti un tribunale poteva addivenire competente. Ciò avveniva quante volte convenivasi un determinato luogo di pagamento fra il creditore ed il debitore, il che era fondato sul seguente principio. Quando il giudice condanna, ossia dichiara, che il debitore sia obbligato a pagare, ciò avviene senza indicazione di alcun luogo, ma vi s' intende il luogo dove fu giudicato: l' attore perciò sollecitando la condanna del debitore ne richiede l' adempimento in quel luogo, dove questa è pronunziata. Sicchè quando nella obbligazione del debitore è designato un determinato luogo, egli dovrà esercitare in questo la sua azione, altrimenti reclamarebbe rispettivamente al luogo tutt'altra cosa di quello a cui il debitore è tenuto, e ne sarebbe quindi rigettato (10). Come dunque in

(1) L. 29. *D. ad municip.* (150. 1.): *incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis est, nec tantum municipali iurisdictione in utroque municipio subiectus est, verum etiam omnibus muneribus pubblicis fungi debet.*

(2) Adozione, manomissione, ammissione come cittadino, L. 7. *C. de incolis* (10. 39).

(3) *Vat. fragm.* 324. 326. L. 2. C. *de iurisdict.* (3, 13), rescritti di Diocleziano. La regola fu estesa anche a quei processi, dei quali non può dirsi, che contengano una vera condanna. Diocleziano, L. 3. 4. C. *ubi causa status agi debeat* (3. 22.).

(4) L. 3. *de legat.* (50. 7.).

(5) L. 2. §. 3–6. L. 8. 24–28 *D. de iudic.* (5. 2.),

(6) Questa competenza volontaria era detta *forum prorogatum*.

(7) L. 1. 2. *pr.* §. 1. *D. de iudic.* (5. 1.).

(8) L. 33. *D. eod.*

(9) Africano, L. 18. *D. de iurisd.* (2. 1.) Per intendere altrimenti questo frammento fa d' uopo soggiungervi cosa, che non vi è detta nè *explicite* nè *implicite:* a ciò fare non vi ha ragione alcuna; Giustiniano riconobbe valida la rinunzia alla *praescriptio fori*, quando fosse stata convenuta nello stesso contratto, L. 29. C. *de pactis* (2. 3.). Con ciò fu certo modificato il senso di quel frammento di Africano, come parte della legislazione giustinianea, ma solo in quanto deesi intenderlo d' un patto isolato e non contenuto nel contratto stesso.

(10) Solo quando l' obbietto del reclamo è un *incertum*, ed oltreacciò (giacchè questo per se stesso non basterebbe L. 7. §. 1. *D. de eo quod certo loco* 18, 4) il reclamo è di

32

difetto d' uno specificato luogo di adempimento, questo (intentandosi la lite) dovrà avvenire nel luogo della condanna, così per contrario il convenuto luogo di adempimento fissa il *forum*, e le parti mettendosi di accordo sul luogo del pagamento indicano con ciò ed indirettamente un *forum* speciale per la quistione futura giuridica, che potrà sorgere sopra una tale *obligatio*.

Ma i giureconsulti romani non limitaronsi a ciò. A causa di quella condizione di fatto per l'esercizio d'un'azione, ossia della presenza del convenuto o del possesso dei beni nel distretto giurisdizionale, in cui era limitato l' esercizio dei dritti, dovè parere conveniente *accrescere* i *fora*. Ritennero perciò in generale ed indipendentemente da un particolare accordo, che dove si aveva ad adempire una obbligazione, là si potrebbe esercitare anche il reclamo giudiziario. Poteva quindi alcuno essere citato anche in quel luogo, nel quale contrasse il rapporto giuridico, o avvenne il fatto, donde emana l'obbligazione (1). Ma per costituire un tal *forum*, che coesiste col personale, non basta il semplice fatto della conchiusione del negozio, esso manca quando non può supporsi alle parti l' intenzione di adempirvi in questo luogo (2): l'indicazione però convenzionale, o legale del luogo dell' adempimento per se sola basta per costituire il *forum*, sia che il negozio fosse stato conchiuso in questo luogo, sia che un contratto in generale avesse data l'esistenza ad una obbligazione in questo luogo, o pur nò (3).

Come il possesso d' un terreno non obbligava per ordinario ai *munera*, fatta eccezione delle imposte particolari fondiarie (4), così parimente non sottoponeva alla giurisdizione(5), anche quando trattavasi del reclamo di questa cosa. Si ha ora per indubitato, che il *forum rei sitae* non era riconosciuto nel tempo dei giureconsulti romani, ed anche sotto Diocleziano (6). Nei tempi posteriori, e probabilmente ciò avvenne la prima volta con una legge del 385 (7), fu ordinato, che il reclamo d' una cosa (mobile o immobile) potesse essere esercitato in quel luogo, dove questa trovavasi.

B. Iudices (decemviri centumviri).

§. CLII.

L'*officium iudicis* comprendeva tutte le attività proprie ed essenziali del ministero del vero giudice: le principali erano la *cognitio* e la *sententia*. La specialità della condizione del giudice nell'antica procedura romana consisteva soltanto in ciò, che i punti litigiosi erano stabiliti più o meno specificatamente dal magistrato, e che la quistione di dritto gli era trasmessa come un tutto già formolato. S' incorre quindi in errore, quante volte si assimigliano i *iudices* romani ai presenti giurati, e si opina, che essi avessero ad occuparsi del solo fatto, stantechè i principii del dritto applicabili al caso pratico venivano loro indicati mediante la procedura *in iure*. La erroneità di questa opinione potrebbe essere pruovata dalla prima e dalla migliore delle orazioni, che Cicerone avesse pronunziate sopra materie di dritto civile: ma può dedursi altresì dalla qualità della procedura *in iure*, che non era tale ad escludere ogni svolgimento delle regole di dritto davanti al giudice. Certo il magistrato decideva sulla base generale e giuridica del reclamo, giacchè era egli, che ammetteva le azioni e le eccezioni, ed ordinava il *iudicium*, ma anche nell' azione la più semplice, quella per esempio tendente alla restituzione d' una somma data in prestito, potevano sorgere molte occasioni di quistioni giuridiche nel *iudi-*

tal natura, che il giudice dovrà giudicare delle pretensioni delle parti *ex fide bona* secondo i fatti speciali (§. 165) potevasi citare in un altro luogo, giacchè il giudice in questo caso può giudicare avendo particolarmente considerazione al luogo L. 7. *pr. D. eod.* L. 5. *pr. D. commod.* (13. 6.).

(1) Come per esempio nel luogo del contratto (detto perciò dai moderni *forum contractus*) in quello della portata amministrazione, per la quale si è chiamato in giudizio (così detto *forum gestae administrationis*) nel luogo della vita coniugale, quante volte il reclamo si fonda sul matrimonio L. 19. 75. *D. de iudic.* (5. 1.).

(2) *L.* 19. §. 2. *eod.*

(3) L. 21. *D. de O. et A.* (44. 7.) L. 3. *D. de rebus auct. iud. poss.* (22. 5.): *contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum est, sed quo solvenda est pecunia.* L. 20. *D. de iud.* (5. 1.) : *omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut ubicumque aliquis obligetur, contrahi videatur quamvis non ex crediti causa debeatur.* Sul principio e sulle condizioni di questo foro leggasi A. M. Albrecht, *sul forum contractus* 1845.

(4) L. 6. §. 5. *D. de muner.* 150. 4.

(5) Anche a questo riguardo è detto: *sola domus possessio, quae in aliena civitate comparatur, domicilium non facit* L. 17. §. 13. *D. ad munic.* (50. 1.)

(6) *Vat. fragm.* 326 (dell'ann. 293).

(7) L. 3. *C. in rem actio* (3. 19).

cium (1): e molto più era questo possibile nelle azioni, nelle quali commettendosi al giudice di ricercare quello che una parte doveva all' altra *ex bona fide*, un vasto campo era aperto al suo criterio morale: la stessa cosa era possibile anche nelle azioni reali, per esempio per la *rei vindicatio*, nella quale ordinandosi al giudice soltanto in un modo generale d' indagare, se il reclamante fosse proprietario, poteva rendersi necessario svolgere tutta la teorica dei singoli modi di acquistare. Che il giudice si occupasse particolarmente del fatto, noi lo potremmo affermare in quel modo, che lo si potrebbe anche dei nostri giudici, in quantochè molto più spesso si quistiona nel processo dei fatti anzichè dei principii applicabili a questi; e perciò la pruova dei fatti, la quale avveniva davanti al giudice durante la procedura, soleva essere il punto risolutivo della quistione di dritto. Si può affermare, che l' istituzione dei *iudices* romani fondavasi sui medesimi motivi politici di quella dei giurati: ma l' attuazione del pensiero è interamente diversa nell' una e nell' altra istituzione.

Il *iudicium*, al quale il magistrato rimetteva la quistione espostagli dalle parti e da lui formolata, era o un *iudicium* permanente e quindi non nominato e costituito per questa sola faccenda, ed in tal caso era un *collegium*, avanti al quale quistionavasi, e da cui si decideva, o pure era indicato dal magistrato col concorso delle parti per questo solo caso fra un determinato numero di persone capaci, essendo possibile la nomina o di più giudici o d' un solo.

Nel secondo libro dimostrammo, che nei primi tempi il *collegium* dei *pontifices* giudicava delle quistioni giudiziarie, e che questa sua giurisdizione cessò di essere esclusiva colla introduzione dei *iudices decemviri* o *decemviri litibus iudicandis*. Oltre il tribunale decemvirale ne fu costituito un secondo e più numeroso, quello dei *centumviri* (2). Le notizie su questo tribunale sono tanto monche incompiute ed in parte anche dubbie, che torna difficile giungere ad una conclusione soddisfacente per mezzo di esse. Il più sicuro mezzo si è conchiudere dalle sue forme posteriori a quelle, ch'esso dovè avere nei tempi anteriori per quanto è possibile farlo sulle notizie contemporanee.

Nel terzo periodo il *iudicium* centumvirale si addimostra molto autorevole ed applicato particolarmente alle quistioni ereditarie, fra le quali distinguonsi i casi dell' azione di nullità d' un testamento a causa d' una ingiusta diseredazione (3). Che anzi non occorre più dopo Cicerone alcun frammento, dal quale possa dedursi, che i centumviri avessero giudicato in altre quistioni che nelle ereditarie (4). Per la opinione che nel terzo periodo la competenza del tribunale centumvirale si limitasse a questi processi, può addursi una pruova non dubbia, la quale sebbene fosse del quarto secolo, non è però senza importanza in connessione colle altre notizie (5). Per contrario non può affermarsi la medesima limitazione per i tempi primitivi. Però tutti i singoli casi che Cicerone ricorda del suo tempo, sono quistioni ereditarie, e noi potremmo dedurne, che in queste consisteva già in quel tempo l' ufficio d' un tale tribunale: ma in un fram-

(1) Ce ne porge un esempio l' orazione di Cicerone, *pro Roscio Com.*

(2) Il tribunale centumvirale fu obbietto di molte quistioni sì per la sua origine, come per la sua competenza. Gli scritti, che ne trattano particolarmente sono: Sibrand. *Siccama, de iudicio centumvirali* libri II 15. 16. Zepernick, *de causis centumviralibus* 1776 (come appendice alla seconda edizione del Siccama. Bethmann — Holweg, *sulla competenza del tribunale centumvirale* (1825): nel Giornale per la scienza storica del dritto V. II. Heffter, *de iudiciis centumviralibus* (nella sua edizione del quarto libro di Caio 1827 p. 31-41). C. A. Schneider, *de centumviralis iudicii apud Rom. origine* 1835. Zumpt, *sulla origine, la forma e l' importanza* del *tribunale centumvirale in Roma* 1838. Huschke, *Critica di questo scritto* 1839. Krug, *sulle legis actiones e sul giudizio centumvirale dei Romani* 1839. Bachofen, *de rom. iudiciis civ.* 1840 p. 11 e segu.

(3) I numerosi frammenti, i quali parlano di queste quistioni di dritto come *causis centumviralibus* in generale o relativamente a singoli esempii leggonsi in Hollweg, op. cit. p. 376; Zumpt, *cod.* p. 18.

(4) Si è citato quello di Caio IV. 50. come un frammento in cui si accenni al *iudicium centumvirale* in un semplice processo di proprietà. Questo è erroneo giacchè trattasi in quel brano della cauzione, alla quale è obbligato il convenuto nella *in rem actio*. Egli cita (§. 23) l'esempio d' un' azione di proprietà, quello però che dice non è limitato a questa *specialis in rem actio*, ma è parimenti applicabile a quella *de universitate*, all' azione ereditaria. In questa connessione egli ricorda il processo davanti al *iudicium centumvirale*: non vi ha quindi ragione di ammettere, ch'egli avesse inteso parlare d' un' azione di proprietà.

(5) Hieronymus, *Ep. ad Domnionem*. Anche Giustiniano, L. 12 *C. de H. P.* (3. 31) connette i giudizii centumvirali colle quistioni ereditarie.

mento alquanto più generale egli dice, che nelle *causae centumvirales* (oltre le altre, è chiaro, che accenna alle ereditarie) trattavasi dei *iura alluvionum*, *circumluvionum*, *nexorum*, *mancipiorum*, *parietum*, *luminum*, *stillicidiorum* aggiungendo *celerarumque rerum innumerabilium* (1). Da ciò si conchiude, che nei tempi primitivi agitavansi davanti ai centumviri anche le quistioni di proprietà, almeno della proprietà fondiaria (2); e con ciò si accorda altresì la spiegazione di Caio sull'*hasta*, ch'era innalzata nei processi centumvirali, in quantochè dice, che la lancia era considerata come il simbolo della vera proprietà (3).

Una specialità di questo tribunale si era la sua divisione in quattro *consilia*, che formavano altrettante corti giudiziarie (*hastae*, *tribunia*, *iudicia*). Occorreva, che una quistione poteva essere agitata davanti ad una sola, a due (*duplex iudicium*) o alle quattro divisioni riunite (*quadruplex iudicium* (4)). Si racconta altresì, che alcuni avessero guadagnata la lite davanti a tutti i *consilia* (5), o solamente in alcuni, e perdutala in altri (6). Si ha qui la scelta fra due opinioni; secondo l'una esercitavasi comunemente l'azione davanti ad un solo *consilium*, potendosi appellare dalla sua sentenza ad un *duplex*, da questo ad un *quadruplex iudicium*, essendo oltracciò permesso presentare direttamente la quistione alla decisione definitiva di tutti i *consilia* (7). Secondo l'altra opinione sarebbe stato possibile la trattazione d'una quistione davanti a più *consilia*, solo quando stante la multiplicità delle parti formavansene molti processi, come, per esempio, quando più erano gli eredi istituiti nel testamento, e contro cui elevavasi la *querela inofficiosi*: sicchè in questo caso poteva avvenire, che l'attore guadagnasse contro l'uno e perdesse contro l'altro, ossia che il suo reclamo venisse ammesso in un consiglio e rigettato in un'altro (8). Mi sembra che questa ultima opinione sia preferibile, e che la sola si accordi coi frammenti citati nella nota, senonchè deesi ammettere la possibilità (per maggiore agevolazione del reclamante e dei suoi *patroni*), che tutti i *consilia*, davanti ai quali reclamavasi, potessero unirsi in uno, acciocchè non si avessero a ripetere le medesime difese singolarmente davanti a tutti: forse anche senza una tale occasione era permesso ciò fare nelle cause di grande momento. Fin dal tempo di Augusto fu ufficio dei decemviri comporre i *consilia* scegliendone i membri dalla classe dei *centumviri*; il che ripetevasi per ogni processo (9).

Un *quadruplex iudicium* era formato nel tempo di Plinio da 180 cavalieri, ossia 45 per ciascun *consilium* (10): con ciò non è detto, che fosse questo il numero di tutti quelli nominati a centumviri. Plinio ne ricorda 105 per i tempi primitivi: ma non è questo certo un fatto storicamente pruovato. Dal nome del tribunale potrebbesi dedurre, che un *consilium* contenesse anticamente 25 cavalieri, quando la denominazione non fosse stata inesatta fin da quel tempo (11). Del resto dal modo, onde furono composti i *consilia* in ogni tempo della loro esistenza storica, si scorge, che il tribunale centumvirale teneva il mezzo fra quelli permanenti ed i giudici nominati dal pretore.

Relativamente alla quistione del tempo della origine del giudizio centuvirale, non meritano alcuna considerazione le parole di Pomponio, che dopo aver parlato della pretura perigrina fa menzione dei decemviri e della loro connessione col giudizio centumvirale, il quale secondo lui dovette ori-

(1) Cicerone, *De orat.* 1. 38.

(2) Non può conchiudersi per contrario da questa competenza a quella sulle quistioni di servitù, giacchè le parole *parietum*, *luminum*, *stillicidiorum iura* occorrono anche nelle azioni di proprietà al pari dei *nexa* e *mancipia*, dalla cui menzione non potrebbesi conchiudere alla competenza per le azioni personali.

(3) Caio, IV. 16.

(4) Un *quadruplex iudicium* è ricordato da Plinio, *ep.* 1. 18. IV. 24. VI. 33. Un *duplex* da Quintiliano, *Inst. or.* V. 2. XI. 1. 78: un *iudicium* moltiplice in generale da Val. Mass. VII. 7. 1: uno semplice da Quintiliano XII. 5, ed anche da Plinio, *ep.* II. 14.

(5) Val. Mass. *l. c.*

(6) Plinio, *ep.* VI. 33. L. 15. §. 2. L. 24. *D. de inoff. test.* (5. 2.).

(7) Huschke, *Nel giorn. crit.* 1839, p. 484 e seg.

(8) Zimmern, *Storia della proced. civ. rom.* §. 15. n. 8.

(9) Svetonio, *Ott.* 34: — *ut centumviralem hastam quam quaestura functi consuerunt cogere, decemviri cogerent.* Plinio, *ep.* V. 21. Dione Cassio, LIV. 26.

(10) Plinio, VI. 1: — *sedebant iudices centum et octoginta, tot enim quatuor consiliis conscribuntur.*

(11) Così Varrone, *de re rust.* II. 1. osserva, che quando trattasi di numeri non debbano essere presi rigorosamente, come quando si parlasse di mille legni, che avessero veleggiato verso Troia, o d'un tribunale centumvirale.

ginarsi non prima di Augusto (1): nè migliore fondamento ha l'opinione dell'epitomatore di Festo, che si attiene al numero 105 per una supposta elezione di tre da ciascuna delle 35 tribù (2). Molto più importante è il fatto, che anche nel terzo periodo la procedura centumvirale cominciava colla *legis actio* (3): ciò suppone, che l'origine di esso risale ad un tempo, in cui non ancora a questa procedura era stata sostituita o aggiunta un'altra, giacchè un novello tribunale avrebbe sicuramente seguita la procedura novella, che appunto perchè tale è sempre la predominante (4). Che la sua introduzione dovesse essere attribuita alle XII Tavole, come pretendesi da Zumpt, è una possibilità, che non può essere pruovata specificatamente: molto più improbabile è l'opinione di Niebuhr, che la riporta fino al tempo del re Servio.

Stante l'esposte qualità delle pruove storiche sul giudizio centumvirale sarebbe utile raccogliere le sparse notizie, acciocchè se ne possa avere se non una quasi certezza almeno una verisimiglianza, in cui potesse quietare l'intelligenza dei dotti. Vi erano alcune quistioni, il cui obbietto formava un interesse diretto del pubblico, trattandosi di dritti, dai quali dipendeva la condizione del cittadino. Tale era quella sulla personalità del cittadino (*caput civis*), e dopo la costituzione serviana quelle sopra la parte della proprietà, su cui erano misurati gli obblighi verso il pubblico. Prima di Servio le prime erano giudicate dai pontefici, ma stante la loro attenenza colla condizione pubblica del cittadino ammettevasene il ricorso davanti ai comizi curiati: relativamente alle quistioni sulla proprietà valeva la stessa cosa soltanto per le ereditarie; come quelle che connettevansi più direttamente col *caput* (5). Una tale istituzione non era comune ai plebei; nè l'interesse pubblico estendevasi alle altre quistioni di proprietà. Per quelle quistioni, ossia quando quistionavasi sul *caput* o sulla proprietà, che serviva di misura per gli obblighi pubblici (6), Servio istituì un tribunale, che quando giudicava di simiglianti cose, aveva per distintivo l'*hasta*, come simbolo degli obblighi verso il pubblico. Questo tribunale sostituì i pontefici ed i comizi curiati, il cui ufficio continuò ancora solamente per i casi non litigiosi di simile natura. Un tale *iudicium hastae* era formato dai decemviri, i quali giudicavano anche in altri casi, ossia nelle quistioni di semplice interesse privato (quindi senza *hasta*), quando per queste non venivano nominati giudici particolari. La possibilità di queste nomine crebbe bentosto (§. 154), sicchè il giudizio decemvirale limitossi sempre più a quelli simboleggiati dall'*hasta*. Infine oltre il tribunale decemvirale per i giudizii coll'*hasta* fu istituito il centumvirale per le quistioni di proprietà, la cui elezione fu rimessa ai tributi comizi. I decemviri conservarono la giurisdizione nelle sole quistioni sul *caput* (7), le rimanenti quistioni simboleggiate dall'*hasta* furono trasmesse ai centumviri. Infine perdettesi la coscienza della importanza politica dell'*hasta*, dalla quale dovette originarsi l'opposizione fra il *iudicium privatum* ed il *decemvirale*: le quistioni di proprietà di qualunque ragione si fossero poterono essere trattate davanti ai *iudices privati*: ed anche le *causae centumvirales* furono prese in considerazione soltanto dal loro aspetto privato, e l'attività dei centumviri limitossi sempre più alle cose ereditarie, fra cui era principale la *querela inofficiosi testamenti*, per la quale era di sommo momento l'antica autorità di questo tribunale, e la sua libertà di giudicare proveniente sì da quella autorità come dalla sua primitiva condizione politica.

(1) *L.* 2. §. 29. *D. de orig. iur.* (1. 2.) *deinde cum esset necessarius magistratus, qui astae praesset, deumviri litibus iudicandis sunt constituti.*

(2) Paol. Diac. *ex Festo*: *Centumviralia iudicia a centumviris sunt dicta. Nam cum essent Romae triginta et quinque tribus quae et curiae sunt dictae, terni ex singulis tribubus sunt electi ad iudicandum, qui centumviri appellati sunt, et licet quinque amplius quam centum fuerint, tamen quo facilius nominorentur centumviri sunt dicti.* Egli ripete l'erronea confusione delle curie colle tribù: dalla giunta: *quae et curiae sunt dictae*, ch'era pure al tutto inutile, potrebbesi conchiudere ch'egli avesse letta nella sua fonte qualche cosa delle curie in occasione del giudizio centumvirale, e l'avesse applicata alle tribù, che meglio si affacevano al suo proposito.

(3) Gellio XVI. 10: — *omnisque illa XII tabularum antiquitas nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege aebutia lata consopita sit.* Caio IV. 31: — *cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento.*

(4) È una erronea opinione, ch'esso si fosse originato per mezzo della legge *Aebutia.*

(5) Dalla formazione del testamento e dall'arrogazione davanti ai comizi curiati deesi conchiudere ad una primitiva giurisdizione contenziosa di questi sulle medesime materie.

(6) Astrattamente quindi dalle procedure criminali *de capite*, le quale erano rimesse al *comitiatus maximus.*

(7) Cicerone, *Pro caec.* 33. *Or. pro domo* 29.

Iudices (iudices privati).

§. CLIII.

I giudici, i quali erano nominati dal magistrato per un singolo caso, quelli cioè il cui *officium iudicis* non estendevasi al di là di questa quistione speciale e che perciò come *iudices privati* erano opposti a quelli permanenti, occorrono in Roma fin dai più antichi tempi. La nomina di questi giudici privati poteva essere desiderata da una delle parti, quando essa aveva forse dei dubbii, che il tribunale pubblico e permanente avesse compreso e pronunziato il vero dritto: e quand'anche non vi fosse stata occasione a così temere, l'assoluta autorità di esso e l'esclusione di qualunque altro lo facevano sempre pericoloso. Inoltre una quistione poteva esser tale, che per la definizione di essa abbisognavano conoscenze speciali, che non potevansi presumere nei giudici ordinari, o pure che si richiedesse un giudizio più libero e più arbitrario di quello, che fosse lecito ad un giudice, sulla cui elezione le parti non avevano alcun potere; infine le relazioni giuridiche cogli stranieri, che non potevano essere giudicate dai tribunali romani permanenti, nè secondo le forme di procedura speciali romane, davano occasione alla nomina dei giudici privati.

Una di queste occasioni sembra essere stata la *lex pinaria*, la quale per la *legis actio* per *sacramentum* riconosceva alle parti il dritto (almeno nelle azioni personali) di chiedere la nomina d'un giudice, ch'essi ottenevano dal pretore trenta giorni dopo la *legis actio* (1). Valse come seconda occasione una speciale *legis actio*, che tendeva appunto alla petizione d'un giudice, e ne prende anche il nome: *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (2). Le XII. tavole rimettevano le quistioni dei confini a tre arbitri (senza dubbio da essere nominati coll'intervento delle parti (3)); gli *arbitri* decidevano anche in quei casi, nei quali reclamavasi per una novella direzione data al corso delle acque, senza dubbio per ordinamento delle stesse XII tavole (4); queste medesime leggi ordinavano inoltre tre *arbitri si quis vindiciam falsam tuleret* (5), ossia, quando in una quistione di proprietà era condannato colui, che aveva avuto provvisoriamente il possesso (§. 161), e reclamavasi quindi contro il medesimo la restituzione della cosa e dei frutti. Secondo le medesime leggi le pretensioni del minore contro il passato tutore per l'amministrazione della tutela dovevano essere esposte e giudicate da *arbitri* (6); la stessa cosa deesi dire d'una moltitudine di quistioni giuridiche, nelle quali un giusto giudizio dipendeva dalla libera e prudente considerazione di fatti particolari e svariati, e nelle congiunture, nelle quali i contraenti dovevano contare sulla scambievole onestà e rettitudine, riuscendo impossibile comprendere tutto il contenuto della convenzione in parole categoriche ed esclusive, ed essendo quindi necessario che in questi casi l'ufficio del giudice fosse alquanto più libero, e che il suo criterio morale si elevasse al di sopra del contenuto letterale del contratto (7). Quando era fatto un prestito, o pure alcuno espressamente riconoscevasi debitore d'una somma o d'una cosa, era naturale attenersi rigorosamente al contenuto semplice del contratto, e nulla rigettare di esso, quando non si avesse voluto operare in contradizione della natura stessa della cosa, della intenzione delle parti, e del dritto del reclamante, il quale appunto per troncare tutte le dilazioni e per assicurarsi un pronto soccorso da parte della legge, aveva fatto obbligare a se il suo debitore

(1) Caio, IV. 15.

(2) Vi accenna la formola di Valerio Probo: *iudicem arbitrumve postulo uti des.*

(3) Cicerone, *De leg.* I. 21. *Arbitri* erano detti da *ar*-ad, e *bitere-ire* (*in rem presentum*): erano tribunali mobili in opposizione dei permanenti che giudicavano nelle quistioni di dritto rigoroso. Così pure i *iudicia communi dividundo* e *familiae erciscundae* erano *arbitria*. *L.* 47. 52. *D. fam. erc.* (10. 2). *L.* 26. *D. com. div.* (10. 3). *L.* 2. *C. comm. utr.* (3. 28). L. 8. *C. de coll.* (6. 20). *Isid.* 5. 25: *communis divisio est inter eos, quibus communis res est: quae actio iubet postulantibus iis arbitrum dari, cuius arbitratu res dividantur.*

(4) Cicerone, *Top.* 9. L. 24, *de aqua pluv.* (29. 3.). L. 23. §. *ult. eod: arbitrium aquae pluviae arcendae* L. 21. *pr. D. de statulib.* (40. 7.).

(5) Festo, *v. vindiciae* §. 232. Un simigliante *arbitrium liti aestimandae* era necessario nelle azioni personali, per estimare per una somma la *condemnatio in ipsam rem* §. 179.

(6) Cicerone, *De off.* III. *Arbitrium tutelae*: *Cod.* V. 51. L. 28. §. 2. *D. de appell.* 49 1).

(7) *L.* 7. *de neg. gest.* (3. 5.): — *tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio. L.* 24. *D. depos.* (16. 3.): *et est quidem constitutum, in bonae fidei iudiciis quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio.*

con quelle forme brevi e concise. Ben altra cosa avveniva, quando alcuno trasmetteva ad un altro una cosa per uno scopo speciale nell' interesse comune o unilaterale, e che il ricevente obbligavasi restituire sotto alcune determinate condizioni, obbligazione, che poteva fortuitamente minorare (per diminuzione della cosa senza colpa del debitore), o crescere (per i frutti ed altre accessioni), ed il cui possibile contenuto non poteva essere formolato anticipatamente in patti speciali. In simili casi solevasi aggiungere alle convenzioni la clausola: *ut inter bonos bene agire oportet et sine fraudatione*, o pure: *uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem*: o, *quod aequius melius*: — *ex fide bona*: le quali espressioni venivano anche inserite fra le parole dell' *actio* (1): che anzi per molti negozi questa clausola intendevasi aggiunta tacitamente, ed in conseguenza la considerazione da farsene dal giudice era indipendente dalla menzione espressa, che avesse potuto esser fatta dalle parti. In tutte queste occasioni esercitavasi la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, per essere giudicato da una magistratura che avesse più larghi poteri dell' ordinaria. È perciò, che simiglianti casi erano detti *arbitria*, ed una parte di essi posteriormente fu espressa colle parole *bonae fidei iudicia*. — Una terza occasione per la nomina dei giudici proveniva dalle relazioni dei Romani coi peregrini: i *recuperatores* (§. 83) non formavano un tribunale permanente, ma erano nominati dal pretore per ogni caso speciale, ordinariamente in numero di tre (come avveniva anche per gli *arbitri*), ma in alcune occasioni anche più. Una tale istituzione dei *recuperatores* perdette posteriormente la sua connessione coll' amministrazione della giustizia fra i peregrini, occorrendo essi nelle quistioni fra i Romani, come i *iudices* in quelle fra i peregrini.

Dopo la formazione delle XII tavole l' uso della nomina dei giudici divenne sempre più dominante, limitandosi successivamente l' attività dei tribunali permanenti in un giro più angusto. A questa tendenza associossi nello stesso tempo l' uso di commettere l' *officium iudicis* ad una singola persona; se prima erano nominati molti giudici, nei tempi posteriori un solo ne fu nominato per ordinario (fatta eccezione dei tribunali dei *recuperatores*). Così per una *legis actio* (*per condictionem*) la quale introdotta dalla legge *Silia*, fu estesa dalla *Lex Calpurnia*, le indagini ed il giudizio erano rimesse ad un giudice nominato: infine la legge *Aebutia* ordinò esclusivamente la nomina dei giudici per la novella procedura, ch' essa introdusse: sicchè i tribunali centumvirali e decemvirali rimasero attivi nei soli casi, nei quali l' antica procedura colla *legis actio* o era espressamente ordinata, o volontariamente scelta dalle parti.

Fin dal tempo della *Lex Aebutia* i giudici nominati si classificano nel seguente modo: essi sono o *iudices*, e per questi debbonsi intendere per un tempo posteriore i singoli giudici (2), o *recuperatores*. Di poche cose conoscesi con certezza, che per esse erano nominati i *recuperatores*: il pretore nominavali nella *iniuriarum actio* per determinare una multa, ch'era arbitraria e varia secondo l'estimo della *iniuria* (3), così parimenti nell' *interdictum de vi armata* e nell' *actio vi bonorum reptorum* (4), nel *vadimonium*, in quantochè colui, che aveva promesso di presentarsi in giudizio era minacciato non solo, ma anche condannato dai *recuperatores*, quando mancava alla promessa (5), nelle quistioni d' ingenuità ed in tutte quelle di stato, che vi si connettevano (6), nell'azione contro il liberto, che in opposizione dell' editto pretorio avesse *in ius vocatus* il suo patrono. Non è difficile dedurre da questi esempi il principio, che per regola generale serviva di norma alla elezione dei giudici. La distinzione di competenza fra i *recuperatores* ed i *iudices* simigliava quella fra i decemviri ed i giudici nominati (§. 153), che anzi nel terzo periodo essi sostituirono i decemviri nelle *quaestiones* sullo *status* d' una persona. Ma generalmente intervenivano, quando litigavasi piuttosto

(1) Cicerone, *De off.* III 15 — 17. *ad fam.* VII: 12.

(2) Così Caio, IV. 105. oppone i *recuperatoria iudicia* a quelli *sub uno iudice*.

(3) Gellio, XX. 1. Nondimeno sembra non essere questo avvenuto costantemente, Caio, III. 224.

(4) Cicerone, *Or. pro Caec.* È detto in un modo generale, che negl' interdetti giudicavano i *recuperatores* in Caio IV. 141.

(5) Caio, IV. 185.

(6) Svetonio. *Vesp.* 3: — *duxit uxorem — latinaeque conditionis, sed mox ingenuam et civem romanam recuperatorio iudicio pronunciatam.* Lo stesso, *Domit.* 8: *recuperatores ne se perfusoriis assertionibus accomodarent, identidem admonuit*, accenna senza dubbio a questa specie di processi, nei quali i giudici spesso arbitrariamente e sopra non pruovati reclami riconoscevano la libertà, l'ingenuità e la cittadinanza.

di relazioni personali, che di proprietà, e quando sentivasi il bisogno d'un giudizio più arbitrario di quello, che credevasi sicuro permettere in simiglianti casi ad un singolo giudice. Questa qualità dei tribunali *recuperatores* ci spiega perchè, come fu dimostrato con molta probabilità da Huschke (1) i magistrati municipali non potevano costituire tribunali recuperatorii, e che quindi una tale capacità non era considerata come un elemento della *iurisdictio* al pari della *iudicis datus*, ma come un'emanazione dall'*imperium*.

I *iudices* in opposizione dei *recuperatores* erano di doppia specie: *iudices* nel vero senso o *arbitri*. Questi ultimi erano nei primi tempi nominati in pluralità: ma un tale uso mancò posteriormente, essendo limitata la nomina ordinariamente ad un solo, e fin da questo tempo divenne sempre più frequente di applicare la denominazione di *iudex* anche all'arbitro. *Arbitri* erano prima della *Lex Aebutia* i giudici nei summentovati casi, nei quali potevasi esercitare la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Anche nella novella procedura rimase questa distinzione fondata sulla natura stessa delle cose fra i giudici, che erano circoscritti in angusti termini tanto rispettivamente all'obbietto, al quale dovevano condannare il debitore trovandolo tale, o al giudizio da dare sul dritto o sul torto di ciascuna delle parti, e quelli, che avevano un più libero campo a deliberare sotto l'uno e l'altro rispetto (2). Si distinguono però due specie di arbitri. Formavano la prima classe quelli nominati in *arbitroriae formulae*, ossia in tali formole, nelle quali trattavasi della restituzione o esibizione di qualche cosa *arbitratu iudicis* (§. 166), come per esempio nel caso, nel quale ammettevasi secondo l'antico dritto l'azione *si quis vindiciam falsam tulerit*. L'altra classe era composta da quelli, ai quali commettevasi nella formola l'indicare quanto dovesse una parte ad un'altra *ex bona fide*, oppure *quantum aequius melius sit dari repromittive*, o giudicare infine i rapporti *ut inter bonos agier oportet*. Nel tempo dei giureconsulti romani erano già cadute in disuso queste formole provenienti dalla più antica procedura, essendo usata generalmente la prima *ex fide bona*, e perciò questa classe di faccende giuridiche (diversa dalle *arbitrariae formulae*) fu compresa nella denominazione *bonae fidei iudicia*.

Relativamente alla elezione ed alla nomina di questi giudici meritano speciale considerazione la classe delle persone, fra le quali potevano essere scelti, ed il modo che tenevasi nel nominarli nei singoli casi. Relativamente al primo punto è certo, che molte persone erano assolutamente escluse da un tale ufficio: e questa esclusione fondavasi, come si esprime Paolo, sulla natura stessa delle cose, sui costumi, e sulle leggi (3): erano esclusi *natura* quelli che difettavano delle condizioni necessarie per l'adempimento dell'ufficio del giudice: i sordi, i muti, i dementi, gl'impuberi: *moribus* le donne e gli schiavi; *lege* tutti gl'*infames* (il citato frammento indica particolarmente i *senatu moti*). Non può dubitarsi, che il ma-

(1) Huschke, *Nel giorn. di Richter* 1837, p. 900. Nella *lex agraria* di Caligola (che in altri tempi fu ritenuta per la *lex mamilia*) è riconosciuta al magistrato romano la *iurisdictio reciperatorumque datio addictio*, al municipale solamente la *iurisdictio iudicisque datio addictio*.

(2) Cicerone distingue i due casi relativamente ad una quistione speciale nel seguente modo: *eumdemne tu arbitrum et iudicem sumebas? eidem infinitam largitionem remittebas* (all'arbitro) *et eundem in angustissimam formulam sponsionis concludebas* (come giudice)? *Quis unquam*, aggiunge egli, *ad arbitrum quantum petit, tantum abstulit? Nemo. Quantum enim aequius esset sibi dari, petiit*. Cic. *pro Roscio com*. 4. *top*. 17. Queste parole non perdono la loro importanza, anche quando l'arbitro, avanti al quale fu prima portato il processo di Roscio, fosse stato nominato per compromesso, giacchè in tal caso avrebbe applicato a questo il dritto dell'arbitro nominato dal magistrato, e non sarebbe men vero, che non intendeva opporre questo a quello, ma l'arbitro nominato dal magistrato al *iudex* nello stretto senso. Ben altra cosa è a dire d'un brano di Seneca (*de benef*. III. 7.) che si potrebbe essere tentato di riportare alla nostra distinzione, e che sembra invero contenere qualche cosa, che sia applicabile: *ideo melior videtur conditio causae bonae, si ad iudicem quam si ad arbitrum mittitur, quia illum formula includit, et certos quos non excedat terminos ponit, huius libera et nullis adstricta vinculis religio et detrahere aliquid potest et adiicere, et sententiam suam non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit regere*. Quello che è detto qui del *iudex* sarebbe applicabile anche al nostro *arbiter*: giacchè anche questi ha una *formula*, che gli appone dei limiti, e la differenza si ripone soltanto nella circonferenza di questi limiti. Seneca accenna ad un *arbiter* nominato per compromesso, ed alla cui decisione è portata una quistione per convenzione.

(3) L. 12. §. 2. 3. *D. de iudic*. (5. 1.).

gistrato poteva accrescere secondo la sua prudenza questi motivi di esclusione, e negare la nomina d'una persona a giudice anche per altre ragioni, che sembravano a lui giustificabili (1): e certo gli editti dovettero contenere delle regole anche su questo proposito. Quegli esclusi per una di queste ragioni non potevano essere nominati giudici, ma con ciò non è detto, che l'elezione dovesse necessariamente ed in tutti i casi cadere sopra alcuno, che non patisse una di queste incapacità. Sembra essere stato questo il caso nella *legis actio per iudicis postulationem*: lo scopo della nomina degli arbitri richiedeva la più grande libertà di elezione; la stessa illimitazione sembra essere stata ammessa per i *recuperatores* (2). Posteriormente (quando quella *legis actio* cadde in disuso) fu ammessa generalmente questa libertà, quando le parti erano consenzienti sulla scelta d'una persona, e ne richiedevano il pretore (3), purchè questa ne avesse la capacità e liberamente vi assentisse. In altri tempi però i *iudices* erano scelti nel senato, che fin dai più antichi tempi ebbe una tale capacità (4). Questo dritto fu conservato dal senato; e fu pure introdotta per i processi criminali l'istituzione dei *iudices selecti* fra una lista da formarsi anticipatamente dai magistrati, e che costituivano il *iudicium* per ogni singolo caso. La partecipazione dei senatori a questi giudizii alcune volte fu esclusa interamente, altre volte soltanto limitata mediante le *leges iudiciariae* (§. 71). Queste leggi non si riferivano all'amministrazione civile del dritto. Augusto il primo o forse anche Cesare estese la istituzione dei *iudices selecti* ai giudizii nelle cose private (5), sicchè ora in questi casi i giudici dovevano essere scelti dall'*album iudicum selectorum* (6). Questo cambiamento non dee essere considerato come avvenuto a danno del senato: la sua tendenza è ben diversa. Chi trovavasi nel *gremium*, dal quale erano tratti i giudici, era obbligato adempire l'ufficio di giudice quando questo toccava a lui (7): era questo un peso per il senato, che nelle cose civili ma non così nelle criminali fu dettato dall'interesse della sua classe: con un tale intendimento furono fatte le leggi di Augusto e dei suoi successori (§. 88). Nei municipii i giudici, come precedentemente in Roma, erano scelti nel senato, nella curia, sicchè l'*album decurionum* formava nello stesso tempo l'*album iudicum* fatta eccezione degli scusati dal *munus iudicandi*. Nelle province vi erano diverse regole sulla elezione dei giudici secondo le differenti loro costituzioni (§. 67): sicchè quante volte per un fatto giuridico non vi erano giudici speciali nominati dalle parti o indicati dalla legge, questi erano scelti nel numero di quelli, che il rettore della provincia aveva eletti dal *conventus civium romanorum*. Anche qui eravi dunque un *album iudicum selectorum* (8).

Recentemente fu affermato in una tratta-

(1) Di tal natura era l'estendere l'incapacità a causa d'impubertà ai *minores decem et octo annis*: L. 57. *D. de re iud.* (42. 1). Interamente diversa è la regola, che il compromesso in cui sia scelto un arbitro minore di 20 anni non sia valido (L. 41. *D. de recept.* 4. 8.): ne è ragione, che una tale persona non è obbligata ad adempire l'ufficio di arbitro accettato convenzionalmente, dovechè la validità del compromesso suppone un tale obbligo dell'arbitro.

(2) Huschke, *De recuperatoribus*, p. 240.

(3) Questo può dedursi non solamente dalla L. 57. *D. de re iud.* (42. 1), ma da molti altri frammenti. A ciò si riferisce la principale importanza di quei motivi d'incapacità, ch'essi impedivano anche la *datio ex consensu*.

(4) Polibio, VI. 17.

(5) Il *consilium* che dopo la legge *Aelia sentia* del 757 doveva giudicare della *iusta causa* che doveva essere pruovata per alcune manomissioni consisteva nelle province di 20 *recuperatores*, ed in Roma di 10 *iudices*, che devevano essere metà senatori, metà *equites*. Questa istituzione è posta in connessione da Klenze (*fragm. legis servil.* p. XVI.) colla *lex iudiciaria* di Cesare, che limitava l'elezione dei giudici a quelle due classi (§. 11), e che perciò sarebbesi riferita anche ai giudici civili. Non abbisogna di essere pruovato per quante svariate ragioni un tale argomento è d'una natura molto precaria.

(6) Questo può dedursi dall'ordinamento sulle quattro decurie: *iudicaret de levioribus summis*: Svet. *Octav.* 32. Così pure Gellio XVI. 2. dice: *quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum, ut iudicia quae appellantur privata susciperem*: la distinzione per altro alla quale ricorre il pensiero di Gellio coll'espressione *privata* non è quella dei processi criminali, ma dei centumvirali.

(7) L. 13. §. 2. 3. *D. de vacat. et excus. munerum* (50. 5). L. 15. §. 14. *de muner.* (50. 4). Cicerone, *Philipp.* V. 5. Svetonio, *Octav.* 32: *ac plerisque iudicandi munus detrectantibus, vix concessit, ut singulis decuriis per vices annua vacatio esset.* Vi si riferisce la *L* 41. *D. de recept.* (4. 8.): *cum lege iulia cautum sit, ne minor viginti annis iudicare cogatur*: si accenna certo alla regola, che le persone minori di 20 anni non potessero essere iscritte nell'*album*.

(8) Cicerone, *Verr.* II. 13.

zione molto dotta sulla differenza fra i *iudicia* ed *arbitria*, che l' *album iudicum* fosse tenuto per i soli *iudices* nel più stretto senso della parola ed usata in opposizione degli *arbitri*, e che questi ultimi (s' intende, che bisognerebbe fare astrazione dall' accordo delle parti, ch' era possibile anche per i primi) avrebbero potuto essere scelti arbitrariamente, il che si connetterebbe essenzialmente colla capacità poco limitata, e colla grande latitudine di giudicare degli arbitri facendosi molto fondamento sulla fiducia personale delle parti (1). Se noi ci facciamo a considerare la probabilità d' una tale opinione, si scorgerà che l'ultimo summentovato punto è di moltissima importanza per il tempo della *legis actio per iudicis postulationem*, quando gli arbitri erano in opposizione col tribunale permanente dei decemviri o dei centumviri, e trattavasi di rimettere alcune faccende giudiziarie o a questi o ai giudici liberamente scelti. Ma questa importanza minora moltissimo, quando si riflette relativamente a questa scelta alla vastità dell' *album* formato da tutte le classi della società. Dall' altra parte quanto non scemerebbe l' importanza ed anche la ragionevolezza d' una istituzione, che era considerata come cosa di grandissimo momento, se ne venisse escluso un immenso e grande numero dei più importanti negozii giuridici (tutt' i *bonae fidei iudicia*, e tutte le *arbitrariae actiones*, nelle quali erano comprese le quistioni di proprietà, di pegno e molte altre), e si considerasse che nei casi nei quali la natura della quistione lasciava poco potere ai giudici, la scelta di questi avesse dovuto essere fatta nell' *album*, e quelli per contrario, in cui era data una maggiore autorità al giudice, dovessero essere rimessi al caso ed all'arbitrio dell'attore (2)? Sicchè una tale opinione manca d' ogni intima probabilità, e molto meno si sostiene a mio avviso su pruove esterne.

In quanto riguarda il modo della nomina dei giudici per ogni singolo caso il più semplice si era quello, in cui le parti erano di accordo sopra una persona, ed il magistrato vi assentiva quando non vi trovava alcun ostacolo in quanto alla capacità. Anche la procedura che tenevasi nella nomina tendeva a produrre un tale accordo (3). L' attore aveva il dritto di proporre un giudice (*iudicem ferre*), ed il magistrato vi assentiva, quando la parte contraria non vi si opponeva, il che avveniva colla formola: *eiero iniquus mihi est* (4). Per una tale opposizione non era necessario addurre ragioni speciali: un diniego però non fondato e capriccioso poneva il convenuto nella condizione di colui, che mostravasi renitente all' invito del magistrato (§. 173). La procedura qui descritta era indicata colla espressione *sumere iudicem.* Per i *recuperatores* sembra che in questo caso ciascuna delle parti ne avesse nominato uno o più, e che allora il magistrato ne avesse scelto uno a presiedere (5). Ma oltre il *sumere iudicem* (o *recuperatores*) eravi un altro modo di procedura, *reiicere*, ed avveniva, quando il pretore proponeva una lista di giudici, dei quali ciascuna delle parti poteva *reiicere* un numero eguale, e dai rimanenti componeva il *iudicium* (6). Ma nel terzo periodo crebbe il potere del magistrato nella formazione del tribunale, e divenne sempre più rara e minore l' applicazione di quell' antico principio, che Cicerone esprime colle parole riportate in una delle precedenti note; probabilmente fu questo l' effetto delle leggi di Augusto sui giudizii. Certo potevano ancora le parti convenire nella elezione d' un giudice, cui il pretore confermava (*iudicem addicit* (7)), sembrando che si fosse conservato in alcuni casi il dritto dell' attore di scegliere un giudice (8); ma generalmente l' elezione dei *iudices selecti* era fatta dal magistrato, il quale per non fare che quelli che avevano ad adempire gli ufficii giudiziarii non fossero gravati inegualmente,

(1) Savigny, *Sistema* V. p. 102. 103.

(2) Per potere affermare quella opinione avrebbesi dovuto avanti tutto scovrire un *modus* della nomina dell' arbitro, che presentasse alla parte contraria una sicurtà contro gli abusi della elezione libera. I principii sulla nomina, che saranno svolti appresso, suppongono manifestamente che la elezione facevasi nell' *album*.

(3) Questo principio è espresso nel brano di Cicerone, *pro Cluent.* 43. *neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversariôs convenisset.* Quando un tale accordo avveniva prima del processo era afforzato da una penale. Festo, *v. procum*: *si alium procas nive eum procas* (*sc. C. dare spondes*)?

(4) Cicerone, *De orat.* II. 70. *Verr.* III. 60.

(5) Huschke, *De recup.* I. c. p. 245 e seg.

(6) Cicerone, *Verr.* III. 11. 13. 60.

(7) L. 80. *D. de iudic.* (5. 1.).

(8) Quintil. *Inst. or.* V. 6: — *sicut nec optio iudicis adversario est permittenda, nec ex advocatis partis adversae iudex eligendus.* Plinio, *Hist. nat.* I: — *plurimum refert, sortiatur aliquis iudicem an eligat.*

doveva indubitatamente osservare un certo ordine di successione nella nomina dei giudici (1). Le parti conservarono il solo diritto di ricusa: ma che queste avessero realmente perduta la facoltà di farne la proposta, ci è pruovato da un rescritto di Adriano, secondo il quale un giudice nominatamente richiesto non poteva essere concesso senza l'assentimento speciale del principe (2).

Nella fine del terzo periodo per indicare i giudici, dei quali parliamo, vedesi usata l'espressione *iudex pedaneus* (3). Un tal nome, che è estraneo alla terminologia classica fu occasionato da ciò, che per gli stessi magistrati era divenuto sempre più usuale l'espressione *iudex*; come *pedanei* furono detti i decurioni, che non avevano occupata alcuna magistratura, così fu parimente usata la medesima aggiunzione ai giudici eletti dalle parti per distinguerli dai *iudices*, ch'erano magistrati (4).

C. *Le parti litiganti.*

§. CLIV.

Era ufficio delle parti esporre i loro reclami in *iure* ed *in iudicia*, invitando in tal modo il giudice all'attività ed alla patrocinio dei loro dritti, ed a tutti quegli atti ch'erano relativi ad un tale scopo. Quest'attività delle parti era detta nell'antico idioma *orare, perorare*, posteriormente *postulare*, essendo questa parola usata particolarmente per indicare la natura dei reclami, che presentavansi al magistrato (5).

Questi reclami, ai quali potevasi aggiungere una difesa che li giustificava, potevano essere esposti dalla stessa parte, o per l'organo d'un altro: ma in entrambi i casi si associavano ad essa altre persone per patrocinare la sua causa colla loro autorità consiglio e facilità del discorso. Nell'editto pretorio occorre un cenno sulle persone, alle quali permettevasi o negavasi di *postulare* (6). Alcuni erano interamente esclusi dal *postulare*, e questi erano i *minores decem et septem annis*, ed i sordi, che abbisognavano perciò d'un rappresentante; ad altri era permesso *postulare* per se stessi e non per altri (come procuratori), questi erano i ciechi, alcuni *infames*, le mogli: oltre questi vi erano altri, che lo potevano per se e per certe determinate persone, colle quali erano congiunti con vincoli speciali di pietà: ed erano tutti gl'*infames* fatta eccezione di quelli compresi nella seconda classe, e che pativano una tale limitazione per leggi speciali. Per altro il dritto di comparire in giudizio differenziavasi da quello di *postulare*: i fanciulli ed i dementi a causa della loro compiuta incapacità di operare non potevano essere in generale considerati come presenti che per alcuni atti, sicchè non era possibile per essi il *postulare* per il mezzo di mandatarii.

Relativamente al patrocinio, che le parti potevano avere da altri durante la lite, distinguevansi nel secondo periodo due classi di persone: 1) *advocati*, che col loro consiglio ed accompagnando le parti litiganti nel giudizio, senza per altro prender parte agli atti della procedura, erano di molto soccorso per quelle colla loro autorità: 2) *oratores* o *patroni*, che si presentavano come rappresentanti delle parti, ne esponevano le pretensioni, o ne sostenevano le difese *in iudicio* (7). Nel terzo periodo per contrario il nome *advocatus* fu applicato a questi ultimi, sicchè *advocatus*, *causidicus patronus* addivennero espressioni sinonime: il ministero dell'avvocato secondo l'antico significato era cessato, giacchè i giureconsulti autorevoli non intervenivano nei giudizii, ma davano i loro *responsa* in iscritto, e l'attività dei semplici conoscitori del dritto (*pragmatici*), che accompagnavano gli oratori per sostenerli e consigliarli colle loro conoscenze giuridiche durante la procedura, aveva pochissimo o nulla di simigliante con

(1) Come per i decurioni seguivasi un *turnus* relativamente ai *munera*.

(2) *Observandum est, ne is iudex detur, quem ultera pars nominatim petat, id enim iniqui exempli esse, D. Adrianus rescripsit, nisi hoc specialiter a principe ad verecundiam petiti iudicis respiciente permittetur.* L. 47. *D. de iud.* (5. 1.).

(3) Ulpiano, L. 4. *D. de tut. dat.* (26. 5): *praetor ipse se tutorem dare non potest, sicut nec pedaneus iudex nec compromissarius ex sua sententia fieri potest.* L. 3. §. 1. *D. ne quis eum* (2. 7.) L. 1. §. 6. *D. de postulat.* (3. 1.) Paol. *sent.* V. 28. 1. Dioclez. L. 2. *C. de ped. iud.* (3. 3.).

(4) È questa la opinione anche di Hollweg, *Manuale* I. p. 141.

(5) *Postulare autem est, desiderium suum vel amici sui in iure apud eum qui iurisdictioni praeest, exponere, vel alterius desiderio contradicere.* L. 1. §. 2. *D. de postulando* (3. 1.).

(6) Dig. III. 1. *de postulando* 2: *de his qui notantur infamia.*

(7) Schol. *ad Cic. div.* §. 11. (Orell. p. 104): *qui defendit alterum in iudicio, aut patronus dicitur, si orator est, aut advocatus, si aut ius suggerit aut praesentiam suam commodat amico.*

quella degli antichi *advocati* (1). La legge Cincia (550) trovò necessario proibire l'accettazione d'una ricompensa per la difesa d'una delle parti come *patronus: ne quis ob causam orandam pecuniam donumque accipiat* (2). Fin dai tempi più antichi usavasi generalmente esercitare l'arte oratoria per il proprio vantaggio: la legge ne proibì soltanto l'esercizio per un guadagno pecuniario: ma sotto gl'imperatori era questa la sola ricompensa esteriore, che potevasene sperare: il mantenimento del divieto avrebbe per contrario contribuito ad accrescerla: fu più prudente permetterla con una limitazione legislativa (3).

Parti (rappresentanti).

§. CLV.

Coll' intervento d'un avvocato non cambiavasi il subbietto del processo, ma le parti potevano farsi rappresentare da altri negli atti della procedura. Dovechè l'avvocato era solamente l'organo della parte, che sosteneva il processo, il rappresentante *(procurator)* ne curava i singoli atti in luogo dell'attore o del convenuto, sicchè questi ultimi in tal caso non manifestavano alcuna attività durante la procedura (4).

La possibilità di commettere la difesa della propria lite ad un altro era molto limitata negli antichi tempi: ed una tale limitazione proveniva dalle forme della più antica procedura. Le parole, ch'erano ordinate per la *legis actio*, erano tali, che l'attore doveva da se stesso aggiudicarsi il dritto, che intendeva far valere, e così la stessa persona del convenuto doveva essere il subbietto, contro il quale veniva diretto il reclamo: è perciò, che non era concepibile un rappresentante, che sostenesse i dritti, o negasse le obbligazioni altrui (5). Non potevasi a meno però di non ammettere alcune eccezioni (6): un rappresentante poteva *postulare pro populo*, ossia che un dritto dello stato o d'un comune poteva essere reclamato per l'organo d'un mandatario; lo poteva parimente *pro libertate*, giacchè quando quistionavasi sulla libertà d'una persona, questa non potevasi presentare in giudizio per sostenere la sua difesa, essendo essa stessa obbietto della quistione (7). Una legge ostilia faceva una eccezione a favore di coloro, che trovandosi in potere dei nemici o *reipublicae causa* erano assenti, o i cui tutori fossero in questa condizione, e nell'*actio furti*, che poteva essere esercitata da un rappresentante: una simigliante eccezione per un'altra azione facevano le *leges repetundarum* (*colpurnia*, *iunia*, *servilia*), in quantochè queste permettevano per il reclamo civile contro il convenuto una *legis actio*, ch'era proseguita da un *legis actor* (cittadino romano) eletto dalla parte lesa (8). Le XII tavole inoltre contenevano la disposizione legislativa, che la *talio* portata all'ultimo grado della pena corporale, per la cui minaccia il reo era obbligato rimettersi all'arbitrio della parte offesa, poteva essere chiesta dal più prossimo agnato di questa. Senza dubbio ciò dovette avvenire con una *legis actio*, sicchè anche questo caso è nel novero delle summentovate eccezioni. Infine un'altra eccezione trasandata da Caio, e che le istituzioni giu-

(1) Sarebbe in tal modo rimossa l'obbiezione, che Rudorff (*Giorn. per la scienza stor.* XIII. p. 59. e segu.) ha elevata e sostenuta con molte pruove tratte dalle fonti contro la sparizione dell'antica *advocatio*.

(2) Tacito, *Ann.* XI. 5. XIII. 42. Liv. XXXIV.

(3) Il massimo per una sola difesa era di 10000 sesterzi, 100 *aurei*. Tacito, *ann.* XI. 6. 1. Svetonio, *Nero* 17. Plinio. *Ep.* V. 21. Ulpiano, L. 1. §. 10-13. *D. de extraor. cogn.* (50. 13): *in honorariis advocatorum ita versari iudex debet, ut pro modo litis, proque advocati facundia et fori consuetudine, et iudicii, in quo erat acturus aestimationem adhibeat, dum modo licitum honorarium quantitas non egrediatur.*

(4) Caio IV. 82-87. 97-101. Paolo, *Sent.* 1. 2: *de cognitoribus*, 3: *de procuratoribus. Frag. vat. de cognitoribus et procuratoribus* §. 318. e segu. *D.* III. 3: *de procuratoribus et defensoribus.* 4: *quid cuiuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur.* Bethmann-Hollweg, *Sulla rappresentazione nel processo*, *Saggi.* 1827 p. 138-249.

(5) *Nemo alieno nomine lege agere potest.* L. 123 *pr. D. de R. I.* (50. 17.).

(6) Caio. IV. 82. *pr.* 1. *de his pro quos ag. poss.* (4. 10). L'erede poteva reclamare come rappresentante del testatore. Prima che fosse ammessa la rappresentanza, vi si suppliva con gli *adstipulatores* ed *adpromissores*, che potrebbero essere considerati come un surrogato dei mandatarii nelle *legis actiones* e *legitima iudicia*. Coll'ammissione dei rappresentanti nel processo mancò l'*adstipulatio*, sicchè Caio potè dire: *cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur.*

(7) Nei *fragm. vet.* §. 324. l'*adsertio* (nella *libertatis causa*) è pareggiata alla *cognitura*. Nell'antico idioma l'*assertor* era detto *vindex* non solo nelle quistioni sulla libertà, ma anche in quelle tendenti a prevenire le conseguenze della *manus iniectio* §. 162.

(8) Klenze, *Fragm. leg. servil.* p. XII.

stinianee presero da un altro scritto, è quella, seconda cui una *legis actio pro tutela* poteva essere esercitata per il mezzo d'un rappresentante. Teofilo nella sua parafrasi dei frammenti delle istituzioni riporta ciò al caso di quistione sulla tutela fra più pretendenti. Si suole rigettare una tale spiegazione come assurda: nondimeno per quanto male fosse svolta da lui, potrebbe avere un fondamento di verità. La tutela legittima sulle donne poteva essere ceduta *in iure* (Caio, I. 168): sicchè formava un obbietto della *vindicatio*. In questa controversia fu trovato necessario ammettere la rappresentazione di alcuno, che avendo dritto fosse impedito d'intervenire personalmente. E molto più eravi l'occasione di permetterla, quando trattavasi d'una *in iure cessio*, e che il *legitimus tutor* era impedito di prestare alla donna il soccorso, di cui questa abbisognava, impedimento, che potevagli parimente impedire di esercitare personalmente una *legis actio*.

La novella procedura delle *formulae* non presentava più alcun ostacolo all'esercizio dei propri dritti in giudizio per il mezzo di un procuratore. Giacchè nella formola potevasi riconoscere ad un altro il dritto che volevasi far valere giudiziariamente, o volgere contro un altro lo scopo della procedura, ossia la sentenza del giudice (condanna, assoluzione), in quantochè, per esempio, il giudice veniva ammonito di condannare il convenuto a pagare quello ch'egli doveva all'attore, non direttamente a questo, ma al suo rappresentante. Nondimeno questa generale possibilità non rendeva per se stessa vantaggiosa la rappresentazione, giacchè l'antico dritto avrebbe avuto l'importante e materiale vantaggio di obbligare le parti a comparire personalmente in giudizio, facendosi in tal modo più facile la scoverta della verità; nè potevasi essere inchinato a rinunziare ad un tale vantaggio con una troppa facile ammissione della rappresentazione. Il pretore vi appose una limitazione vietando ad alcune persone il lasciarsi rappresentare, ed in ispecie agl' *infames*, acciocchè non potessero colla sostituzione d'un altro migliorare la sfavorevole condizione, nella quale collocavali la diminuzione d'onore (1). Inoltre molte persone non potevano rappresentare gli altri, per esempio, le mogli (2), i soldati (3), e gl' *infames* in quantochè non potevano *postulare* (4). Gl' imperatori proibirono di commettere la propria difesa a persone potenti ed autorevoli a danno della parte contraria, la cui condizione sarebbe divenuta più sfavorevole (5). Una terza limitazione infine riponevasi nella condizione, che il rappresentante aveva giuridicamente: la rappresentazione non è mai così compiuta, che gli atti del rappresentante potessero essere considerati in quanto alla loro efficacia come eseguiti dallo stesso *dominus*. Sotto una tale considerazione eravi però una differenza fra le differenti classi dei rappresentanti.

Ciascuno poteva essere rappresentante o per mandato fattogli dalla parte (*dominus*), tali erano i *cognitores*, ed i *procuratores*, o per ufficio, come i *tutores* e *curatores*, che eletti a questi ufficii lo erano parimente per rappresentare i loro pupilli nei processi, e gli *actores* per i municipi e per altre persone giuridiche; potevasi infine rappresentare un altro anche senza averne il mandato o l'ufficio.

Cognitor era quel rappresentante, ch'era costituito tale per questa sola quistione alla presenza della parte contraria: per esempio dal lato dell'attore: *quod ego a te fundum peto, in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do*: dalla parte del convenuto: *quod tu a me fundum petis, in eam rem Publicum Maevium cognitorem do* (6). Vi erano *certa et quasi solemnia verba*, colle quali facevasi la nomina (7): ma non deesi con ciò intendere, che di necessità si dovesse rigorosamente

(1) Caio IV. 124. *Fragm. vat.* §. 322. 323. §. *ult.* I. *de except.* (4. 13). Dall'altra parte in una legge del quarto periodo è ordinato agli ufficiali pubblici superiori di lasciarsi rappresentare, acciocchè coll'autorità personale non imponessero all'imparzialità dei giudizii, *L.* 25. *C. de procurat.* (2. 13).

(2) Il pretore poteva permetterlo *ex causa cognita*, quando un dovere morale lo rendeva necessario *L.* 41. *D. de procur.* (3. 3). *L.* 2. §. 3. *D. de lib. caus.* (40. 12): facevasi parimente eccezione nel caso, nel quale esse facevano valere il dritto d'un altro nel proprio interesse ed utile. Paolo, *Sent.* I. 2. 2.

(3) *L.* 8. §. 2. *D. de procur.* (3. 3).

(4) Paolo, *Sent.* I. 2. I. *Fragm. vat.* §. 324. In tal modo venne estesa l'incapacità di *postulare* ad un'altra istituzione di dritto. Giustiniano annullò l'incapacità degl' infami di rappresentare §. *ult.* I. *de except.* (4. 13): conservando quella di *postulare*: il che si spiega col cambiamento dell' *avvocatura* in un ufficio pubblico.

(5) Cod. II. 14: *ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare vel actiones in se trasferre.* II. 18. *ne fiscus vel res pubblica procurationem alicui patrocinii causa in lite praestet.*

(6) Caio, IV, 83. 97.

(7) *Vat. fragm.* §. 318. 319.

osservare ciascuna particolare espressione: sicchè la nomina poteva esser fatta anche in lingua greca (1). L'essenziale si era, che una tale nomina fosse speciale per questa quistione di dritto, ossia *in litem*, *in eam rem*, *e coram adversario*, potendo lo stesso mandatario essere assente. Questa nomina solenne operava, che il *cognitor* entrasse *in locum domini*, fosse realmente *domini loco*, sicchè i suoi atti di procedura producevano a favore o contro il *dominus* tutti gli effetti, che avrebbero avuto, se questo stesso l'avesse eseguiti. Egli doveva riconoscere il fatto del *cognitor* come proprio, non potendo novellamente reclamare per la stessa causa (§. 172. 175): se la parte contraria era condannata, egli, *dominus*, aveva contro quella l'*actio iudicati*, come pure doveva soffrire la medesima azione, quando il *cognitor* da lui nominato a suo rappresentante veniva condannato. Senonchè eravi qui una limitazione a disvantaggio della rappresentazione; chiunque come convenuto sceglieva un *cognitor*, era tenuto a dare una cauzione per questo garante o assicurare con garanti l'adempimento di quello, in cui avrebbe potuto essere condannato, *satisdatio iudicatum solvi;* e ciò doveva anche in quei casi, nei quali non sarebbe stato obbligato, se avesse esercitata la sua azione personalmente (2).

Per tutti gli altri rappresentanti il modo, ond'erano nominati, non produceva alcun effetto sul processo: essi non erano nominati *in litem* nel senso che la loro nomina potrebbe essere considerata come un atto preparatorio della procedura, sebbene fossero stati forse eletti specialmente per questa *lis* (*in litem*). La nomina d'un tutore o curatore, d'un *auctor*, il mandato, col quale alcuno è nominato procuratore, la determinazione, che alcuno prende di dare opera ai negozii d'un altro senza averne ricevuto il mandato, non è un atto, che sotto qualunque siasi considerazione potesse esser detto una parte essenziale del futuro processo, un atto di procedura. Qualche cosa di simigliante era l'ammissione degli *auctores*, che fu permessa fin dal tempo della più antica procedura: anche per i tutori occorrevano alcuni casi di urgente bisogno, nei quali fu necessario ammettere la possibilità di fare uso della rappresentazione: ma vi era ancora un gran passo a fare per permettere ad alcuno d'intervenire in nome d'un altro nella procedura per semplice mandato ricevutone, e per costringere la parte contraria ad assentirvi. Un tal passo fu fatto nei casi di necessità, e stantechè sovente la lontananza delle parti non rendeva possibile la presentazione d'un *cognitor*, forse avvenne su le prime nel seguente modo: che il pretore ritenne per se una *causae cognitio* per l'ammissione d'un procuratore: ma bentosto ciò fu permesso in un modo generale. Il mandato non ha più il carattere d'una presentazione reale d'un rappresentante, ma è piuttosto e solamente il titolo dell'ammissione di questo, per la quale non credesi più necessaria una pruova anticipata (3). Quando erasi già fatto un tal passo, potevasi bene affermare, che si potesse ammettere alcuno anche senza mandato, quando egli imprendeva le cose altrui non di mala fede, ma con buone intenzioni.

Con minore difficoltà potevasi ciò concedere nel caso di opposizione ad un'azione contro il convenuto (*defensor*), ed eravi qui oltracciò un urgente bisogno a causa dei danni, che potevano provenirne ad un *indefensus* assente, o impedito per tutt'altra causa (4). Infine ammettevasi in un modo generale anche la possibilità dell'esercizio d'un'azione senza mandato: ma realmente era ciò permesso soltanto in alcune particolari condizioni, ed in ispecie per i prossimi congiunti (5).

Ma perchè relativamente a tutti questi ultimi summentovati rappresentanti il *dominus* del processo non ha fatto alcun atto obbligatorio e di procedura, così egli 1) non sarà impedito dall'azione del *procurator* di far valere il suo dritto, quasicchè questi non ne avesse esercitata alcuna: il suo dritto non fu dedotto *in iudicium:* nè la parte contraria potrebbesi riportare al mandato, giacchè que-

(1) Nè anche era necessario indicare di nome l'azione, della quale trattavasi: eravi un valido mandato, quando dicevasi: *quod ego tecum agere volo (quando tu mecum agere vis) in eam rem cognitorem do:* Caio, IV. 82.

(2) Caio, IV. 101. *Vat. fragm.* §. 317.

(3) Caio, IV. 84: — *saepe mandatum initio litis in obscuro est, et postea apud iudicem ostenditur.*

(4) *L.* 33. §. 2. *D. de proc.* (3. 3): *publice utile est absentes a quibuscumque defendi — L.* 1. *D. de negotiis gestis* (3. 5): *hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur* ecc. (§. 160).

(5) Caio, IV. 84. *L.* 35. *pr.* 40. §. 4. *D. de proc.* (3. 3). *L.* 3, §. 3. *D. iud. solvi* (46. 7). *L.* 6. §. 12. *L.* 8. *pr. D. de neg. gest* (3, 5).

sto è un fatto puramente esterno al processo, ed efficace soltanto fra il mandatario ed il mandante: in tal caso non vi ha dunque certezza, che il *dominus* vorrà rispettare gli atti del procuratore, come farebbe per i propri. Sicchè la parte contraria potrà pretendere dal procuratore una sicurezza da valere nel caso, che il *dominus* non volesse riconoscere la procedura e le conseguenze di questa: una tale cauzione era data dal procuratore colla *satisdatio ratam rem haberi*, nella quale da lui e dai garanti promettevasi una determinata somma o il ristoro del danno, nel caso che il *dominus* in qualunque siasi modo non assentiva all' avvenuta procedura. La stessa regola valeva per i tutori ed i curatori, senonchè fin dal tempo di Caio questi furono alcune volte dispensati dalla *satisdatio de rato* (1). Ma dall'altra parte il *dominus* non aveva alcun dritto diretto sugli atti di procedura del procuratore. Se la parte contraria veniva condannata, il *dominus* non aveva l' *actio iudicati*, ma questa spettava al procuratore, dal quale poteva riceverla il *dominus* per effetto dell' esistente accordo fra essi (2). 3) Se infine il rappresentante era in luogo del convenuto, valeva anche per questo il summentovato principio: se era condannato, l' *actio iudicati* potendo essere esercitata contro lui e non contro il *dominus*, il rappresentante doveva dare l' *actio iudicatum solvi* (3). Sicchè la rappresentazione era molto imperfetta fatta eccezione per il *cognitor* e forse anche per l'*actor*, che fin dai più antichi tempi, e quando non fosse stata dubbia la sua nomina, a causa del dritto di rappresentazione che valeva per lui fin dal tempo delle *legis actiones*, sembra di essere stato pareggiato al *cognitor* (4). Eravi però un principio, che tornava a disfavore dei procuratori, e rendeva più gravoso un tale ufficio; ossia, che colui, che facevasi rappresentante d'un attore era obbligato a sostenere tutte le azioni che potevano essere dirette contro il suo *dominus* anche da altri che dal convenuto (5).

Il dritto pretorio conservò un modo di rappresentazione tanto imperfetto per tutti gli altri rappresentanti eccetto che per il *cognitor*. Anche l' editto formato sotto Augusto non conteneva principii differenti dai summentovati, e che lo stesso Caio espone come dritto vigente con poche variazioni. Ma da quel tempo il dritto cambiò, giacchè fu data meno importanza alle formalità ed agli atti di procedura, coi quali il *cognitor* era costituito, che alla esistenza ed alla sicurezza del mandato. Dovechè precedentemente per un tal fatto la rappresentazione del *cognitor* differenziavasi in quanto ai suoi effetti dalle altre; presentemente un solo principio valse per tutte; secondo cui una tale istituzione venne formolata nel seguente modo (6): 1) il rapporto giuridico, che formava l' obbietto della procedura, poteva essere dedotto in *iudicium* da chiunque aveva facoltà di rappresentare un altra persona sia per mandato o per ufficio, e quindi anche dai procuratori e tutori, purchè tali fossero realmente (7): la *ratihabitio* posteriore produceva il medesimo effetto (8). Il *dominus* dovrà riconoscere gli atti di procedura del procuratore, e non potrebbe ripetere l'azione, non altrimenti che se fosse stata esercitata da lui stesso. La *cautio de rato* era perciò necessaria solo quando non avevasi appieno sicurezza del mandato o della sua durata potendo essere rivocato o finire per morte del *dominus* (9). Un tale giudizio dipendeva dal criterio del magistrato, ma rispettivamente al *procurator* ritennesi per ferma la regola, che un *procurator praesens* quegli cioè, cui il *dominus* personalmente presentandosi in giudizio dichiarava suo mandatario, ed un *procurator apud acta factus*, che presentava un mandato in iscritto accettato in giudizio, fossero dispensati dalla *cautio de rato*, dovendo essere considerati come *cognitores* (10): infine fu riconosciuto l'istesso effetto ad uno scritto diretto alla parte contraria e col quale gli si dava la conoscenza della elezione d' una persona a procuratore, e contraevasi l' obbligo della *ratihabitio* (11) 2). La pro-

(1) Caio, IV. 98: *procurator vero si agat, satisdare iubetur ratam rem dominum habiturum, periculum enim est, ne iterum dominus agat, quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuerit* ecc. Dig. XLVI. 8. *ratam rem haberi et de ratihabitione*.

(2) Caio IV. 99.

(3) *Vat. fragm.* §. 317.

(4) *Vat. fragm.* §. 317. Caio, IV. 101.

(5) *L.* 6. §. 3. *D. quod cuiusc. univ.* (3. 4)— « *ex edicto* ». —

(6) *Vat. frag.* §. 330. *L.* 33. §. 3. *D. de procur*, (3. 3).

(7) Ulpiano, *L.* 11. §. 7. *D. de exc. rei iud.* (44. 2).

(8) Ulpiano *L.* 56. *D. de iud.* (5: 1). *L.* 27. *D. de proc.* (3. 8).

(9) Relativamente ai tutori *L.* 23. *D. de admin. tut.* (36. 7). all'*actor*, *L.* 6. §. 5. *D. quod cuiusc. univ.*) 3. 4): ai procuratori, *L.* 1. *C. de proc.* (1. 13): *cautio ratihabitionis tunc exigitur a procuratore, quoties incertum est, an ei negotium mandatum sit.*

(10) *Vat. fragm.* §. 317. 332. §. 3. 1. *de satisd.* (4. 11).

(11) Modestino, *L.* 65. *D. de procur.* (3. 3).

cedura fatta per opera del tutore e del curatore dava al minore l'*actio iudicati*, quando l'attore era condannato; come dall'altra parte il minore soffriva la medesim'azione, quando il tutore fosse stato condannato come attore (1): la stessa regola applicavasi al *procurator praesentis*, che anche in ciò era interamente pareggiato al *cognitor* (2).

Conseguentemente dovevasi riconoscere il medesimo effetto in generale anche al mandato, e questo realmente avvenne, senonchè era rimesso alla prudenza del magistrato il giudicare *ex iusta causa*, e secondo le condizioni, se si dovesse negare l'azione al *dominus* o contro lui (3). La necessità della *satisdatio iudicatum solvi* per la rappresentazione del convenuto fu generalmente conservata; senonchè anche in questo caso il *procurator praesentis* fu considerato come *cognitor*, ed imposta perciò la cauzione al *dominus* (4).

Abbiamo osservato, come il dritto del *dominus* si modificasse nella procedura variamente secondo le differenti specie dei rappresentanti. Ben altra però era la condizione degli stessi rappresentanti, che sulle prime era indipendente da queste varietà, e della quale ora in conchiusione intendiamo trattare. Qualunque sieno gli effetti che l'attività del rappresentante potesse avere per il *dominus*, è indubitato però, che il primo mediante la *litis contestatio* contrae colla parte contraria un rapporto giuridico, ed addiviene anch'esso parte (§. 172), il processo gli è divenuto proprio, essendosi originato colla sua attività, qualunque avesse potuta essere la causa, per la quale abbia contratto un tale rapporto: *procurator lite contestata dominus litis efficitur* (5). — *litis contestatione res procuratoris fit, eamque suo iam quodammodo nomine exsequitur* (6). Questo rapporto obbligatorio, che il procuratore contraeva verso la parte contraria, aveva una natura indipendente dalla durata del mandato, dal quale era occasionato, giacchè avrebbe potuto parimente originarsi senza mandato (7). Se il rappresentante aveva contestata la lite come attore, erasi con ciò solo obbligato per la condanna, che ne poteva seguire (dovendo oltracciò assicurare un tale obbligo colle *cautio iudicatum solvi*), ed era soggetto all'*actio iudicati*: nè anche quando questa secondo il dritto sopra esposto poteva essere esercitata direttamente contro il *dominus*, ne era perciò liberato il rappresentante. Questo non avveniva per il *cognitor* (quindi non questi ma il *dominus* dava la *cautio iudicatum solvi*), e la stessa regola valeva secondo il dritto posteriore per il *procurator praesentis*: per gli altri mandatari, per i quali secondo gli esposti principii era ammessa egualmente contro il *dominus* l'azione proveniente dalla loro condanna o dalla loro *stipulatio iudicatum solvi*, concedevasi una *exceptio doli*, quando non eransi obbligati verso la parte contraria espressamente o tacitamente solidalmente col *dominus*.

A ciò connettevasi un'altra conseguenza. Non tutti i rappresentanti attori deducevano la *rem in iudicium*, ma ciò avveniva per un attore, ch'esercitava la sua azione contro un rappresentante, di qualunque specie questi si fosse anche contro un semplice *defensor*. Esercitando l'attore il suo dritto contro questo, ha liberato il *dominus* dall'azione, non altrimenti che se per mezzo d'un contratto con quello lo avesse accettato per suo debitore invece del primo (8): forse avrà contro il *dominus l'actio iudicati*, come se avesse realmente reclamato contro lui: ma dall'altra parte questi sarebbe assicurato contro la primitiva azione, ch'egli volesse ripetere contro lui, *ipso iure* o *ope exceptionis rei in iudicium deductae* o *re iudicatae*, come quando egli stesso fosse stato in giudizio (9). Una tale liberazione in caso d'una sentenza di assoluzione era importante per ogni specie di procuratore, ma oltracciò

(1) *L. 2. pr. D. de adm. tut.* (26. 7).

(2) *Vat. fragm.* §. 331. 332.

(3) *L. 28. D. de procur.* (3. 3) *L. 86. D. de solut.* (46. 3). *L. 5. D. de stip. praet.* (46. 5).

(4) *Vat. fragm.* §. 317. L. 46. §. 2. *D. de proc.* (3. 5).

(5) L. 2. §. 5. *D. de app.* (49. 1).

(6) L. 11. *pr. D. de doli mali exc.* (44. 4).

(7) Il procuratore, contestata la lite, non scioglievasi da un tale rapporto per rivocazione del mandato o per la morte sua o del *dominus*, per quanto poco questi avvenimenti potevano render nulla una obbligazione contratta per il mezzo d'un mandato. Era possibile produrvi un cambiamento soltanto per interposizione del pretore *ex iusta causa*. L. 16—27 *D. de procur.* (3. 3). Teodosio e Valentiniano fecero una eccezione per la morte del rappresentante, non dovendo il processo trasmettersi ai suoi eredi. L. 7. *C. Th. de cognit. et proc.* (2. 12).

(8) L. 11. §. 1. *D. de nov.* (46. 1): *fit autem delegatio* (ed egualmente la *expromissio*, senza mandato col precedente debitore) *aut per stipulationem vel per litis contestationem*.

(9) L. 10. §. 1. *D. de in rem v.* (15. 3). L. 24. *D. de solut.* (46. 3): *solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus*.

lo era per i difensori anche nel caso di condanna, nel quale il *dominus* non poteva essere molestato nè coll'antica azione, nè coll'*actio iudicati* proveniente dalla condanna.

Parti (*cauzioni*).

§. CLVI.

Havvi fra le parti litiganti una naturale ineguaglianza, che consiste in ciò, che l'attore reclama un cambiamento nelle attuali condizioni giuridiche, ed il convenuto vi si oppone; quindi il primo rimane privo di quello che gli si appartiene almeno fino alla decisione, dovechè il secondo conserva fino allora quello che forse dovrà restituire. Quando trattasi d'una semplice quantità, del cui godimento, se l'attore ne è privo durante il tempo della procedura, se ne avvantaggia l'accusato, una tale ineguaglianza può essere cancellata dalla condanna, estendendosi questa non al solo obbietto ma ai vantaggi goduti senza alcun titolo giuridico. Ma una tale ineguaglianza si riferisce altresì alla sicurezza di ricevere realmente e per effetto d'una favorevole decisione quello che ci si appartiene: è questa una sicurezza, che il convenuto ha sempre, ma non così l'attore, per il quale è incerto, se in caso di condanna del convenuto egli ne sarà realmente soddisfatto (1). Questa ineguaglianza può essere rimossa con una cauzione, che il convenuto fin dal principio della lite sia obbligato dare all'attore, e colla quale venga assicurata a questo l'attuazione del suo reclamo.

Una tale cauzione (fatta qui eccezione della sua necessità per i rappresentanti, §. 156) era particolarmente giusta e ragionevole, quando esercitavasi un'azione reale contro il possessore d'una cosa, che questi riteneva fino al termine della lite. Secondo il più antico dritto il pretore ne dava il possesso ad una parte fino alla decisione, obbligando questa a dare all'altra *praedes litis et vindiciarum*, ossia dei garanti, per mezzo dei quali veniva assicurata nel caso di perdita la restituzione dell'obbietto, del quale quistionavasi (*lis*) e dei vantaggi fatti nella durata di questa (*vindiciae*). Questa regola continuò nella procedura posteriore, quante volte reclamavasi sia *per sponsionem* o *per formulam* (§. 168), dovendosi dare dal convenuto in quel caso la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*, in questo la *stipulatio iudicatum solvi* come *satisdatio* (2). Ben altra cosa avveniva per le azioni personali, per le quali può dirsi, che quella ineguaglianza non cominciava colla procedura, ma proveniva dalla natura stessa della obbligazione, per la quale reclamavasi: giacchè l'attore mancava di sicurtà non come attore, ma come creditore, quando non avesse preso un provvedimento di sicurezza nel momento della formazione della obbligazione. È perciò che in questo caso il pretore ordinava la *satisdatio iudicatum solvi* soltanto a modo di eccezione, ed in ispecie sia a causa delle qualità del convenuto, quando eravi la certezza o un forte sospetto d'insolvibilità, o per la specialità delle azioni, che sembravano meritare un tal favore: tali azioni erano l'*actio iudicati* contro il debitore già condannato, l'azione dello *sponsor* contro il debitore, per il quale aveva dato cauzione ed aveva altresì pagato (*actio depensi*), e quelle del marito contro la moglie, che coi suoi trascorsi aveva data occasione al divorzio, per i danni materiali, che ne potevano risultare ad essa (*actio de moribus mulieris*) (3).

Il rapporto delle parti nella procedura civile è una quistione giuridica, che ciascuna sostiene contro l'altra, è un *iurgare*, un *iure agere*, che importa non solo che una tale lite sia discussa secondo le forme legali, ma con un fine di giustizia, e con una volontà tendente a questa. Era dunque necessario impedire per quanto era possibile e con mezzi convenienti qualunque sconsiderato diniego del convenuto di riconoscere il dritto dell'attore, e qualunque ingiusta pretensione scientemente fatta (*calumnia*). Tra questi modi tendenti ad impedire l'abuso di quei mezzi giuridici, che sono concessi alla parte citata, ed ad assicurare anche l'amministrazione della giusti-

(1) Certo relativamente alle spese, che la lite cagiona al convenuto, e che l'attore soccombente dovrà pagare, egli è nella medesima condizione di questo; è perciò che Giustiniano introdusse una cauzione, che l'attore era obbligato dare al convenuto. *Nov.* 96. *pr. cap.* 1. *Nov.* 112. *cap.* 3.

(2) Nel dritto giustinianeo non fu conservato un tale obbligo: *sive enim quis in rem actione convenitur sive personali suo nomine, nullam satisdationem pro litis aestimatione dare compellitur* §. 21. *de satisdatione* (4. 11).

(3) Un'altro caso occorre in Caio IV. 169, ed è il *iudicium fructuarium*, in cui la perspicace intelligenza di Huschke invece: *quo nomine actoris satis accipiat*, ha scoverta la vera lezione *quo nomine actor is* (cioè *iudicatum solvi*) *satis accipit* Gior. erit. 1839. p. 26.

zia, è particolarmente compresa la minaccia di danni speciali, che aggraverebbero il soccombente oltre la perdita della lite, e che fossero bastanti a dissuaderlo da uno sconsiderato e malizioso litigio, o a punirlo d' un tal fatto (1).

I mezzi che furono ordinati, acciocchè il convenuto si astenesse da un cavilloso litigio, erano i seguenti. Alcune volte era una multa, alla quale era condannato in caso di perdita sia *ipso iure*, giacchè negando fino alla decisione il giusto reclamo altrui era condannato al doppio (*lis infitiando crescit in duplum*), nell' *actio iudicati*, *depensi*, *legis aquiliae*, nell' azione per un *certum* legato *per damnationem*, *actio de modo agri* per una indicazione fraudolenta fattane dal venditore (2) o a causa d' una *sponsio*, che l' attore può pretendere, e colla quale il convenuto promette in quel caso una determinata somma (*sponsio poenalis*): l' attore ha un simigliante dritto anche in alcune azioni, nelle quali è già fissata la somma, che deve essere promessa come penale, per esempio nell' azione per una *certa pecunia credita*, in cui la penale era della terza parte dell' obbietto in quistione, nell' *actio de pecunia constituta*, nella quale è della metà, ed inoltre negl' interdetti (§. 169).

Nelle altre azioni era ben diverso il danno che minacciava il convenuto, quando egli persisteva nel diniego fino alla decisione; questa lo rendeva *infamis* (*actiones famosae*): una tale conseguenza risultava dai giudizii a causa di furto, di rapina, per ingiurie, frode, ed anche per alcune obbligazioni contrattuali, nelle quali una delle parti erasi rimessa d'un modo scusabile alla onestà dell' altra, sicchè l' abuso d'una tale buona fede era doppiamente vituperevole: chi aveva contratta una obbligazione per *fiducia* (3), chi lasciavasi condannare come mandatario, depositario, tutore e socio diveniva *infamis*. In tutti questi casi però il convenuto poteva sottrarsi all' infamia facendosi rappresentare da un altro (4), giacchè quegli non addiveniva infame non essendo egli il condannato, e questi nè anche, perchè non era l'autore del fatto illecito. Quando nessuno di questi mezzi era applicabile per rimuovere il pericolo d' un cavilloso diniego da parte del convenuto, e l' azione non aveva a suo obbietto fin dalla sua origine una pena, l' attore poteva chiedere dal convenuto un *iusiurandum calumniae*: *non calumniae causa se infitias ire* (5).

Ma bisognava impedire per quanto era possibile anche una *calumnia* da parte dell'attore. Avanti tutto il convenuto, quando non era ammessa l'azione dell' attore, aveva il *calumniae iudicium* per la decima parte (negl' interdetti per la quarta) di quello, che erasi preteso da lui; e questo ammettevasi in tutte le azioni, ma supponeva la pruova, che l' attore avesse avuto coscienza della ingiustizia del suo reclamo. In alcuni casi però una tale pruova non era necessaria; bastava che l' attore avesse perduta la lite; in questo caso l'azione era detta *contrarium iudicium* tendente ad ottenere la decima parte del valore dell' oggetto preteso, ed in due altre azioni la quinta. Inoltre in tutti i casi, nei quali l'attore chiedeva una *sponsio poenalis*, il convenuto aveva il dritto di pretendere una *restipulatio*, nella quale il primo obbligavasi alla medesima pena perdendo. Il convenuto poteva infine chiedere anch'egli dall'attore il *iusiurandum calumniae*. Del resto nessuno di questi diversi provvedimenti poteva essere accumulato all' altro (6).

(1) Caio, IV. 171—182. Istit. IV. 76. *de poena temere litigantium*.

(2) Caio, IV. 9. Paolo, *sent.* 1. 19: *quemadmodum actiones per infitiationem duplantur.* Sell, *Giorn.* II. 1. (1843). In tali casi non davasi ascolto al convenuto, che presentava una convenzione, colla quale avrebbe transatto coll' attore, ed in cui questi avrebbe rinunziato alla sua azione. Paolo, *l. c.* §. 2. Ma in qual modo deesi ciò intendere, giacchè in molti casi ammettevasi pure una transazione? Ciò è conciliabile solo quando si ritiene, che un *pactum* era nullo, quando tendeva ad assicurare alcuno da una pena per un fatto futuro. L. 27. §. 4. *D. de pacti* (2. 14).

(3) Caio IV. 171—182. Cicerone, *pro Rosc. Com.* n. 5.

(4) *Lex iulia munic.* (*tabel. heracl.*. l. 111) Cicerone, *pro Roscio Com.*6. *pro Roscio Amer.* 38. *pro Caec.* 2. 3.

(5) L' editto pretorio nella L. 1. *D. de his qui not. infam.* (3. 2.).

(6) Deesi qui osservare, che nel dritto giustinianeo non furono conservati il *calumniae iudicium*, il *contrarium*, le *sponsiones* e *restipulationes*: per contrario si ordina, che l'*improbus litigator* dovesse essere condannato verso la parte contraria al pagamento dei danni cagionati e delle spese di procedura, e che il giudice *ex officio* dovesse richiedere dalle due parti il *iusiurandum calumniae*.

Luogo e tempo della procedura.

§. CLVII.

Vedonsi mentovati il luogo, e le ore del giorno degli atti giudiziarii, che seguivano davanti al pretore ed al giudice, in un frammento delle XII tavole: ***ni pacunt in comitio aut in foro ante meridiem causam coniiciunt (conniciunto o coiicito) quom perorant ambo praesentes. Post meridiem praesenti litem addicito. Sol occasus suprema tempestas esto*** (1).

Ogni luogo, in cui il pretore conformemente alla legge ed agli usi esercitava il suo ufficio, era detto *ius* (2). Sotto un tale rispetto distinguevasi però una doppia specie di atti. Alcuni erano possibili soltanto in tribunale, *pro tribunali* (3), ch'era il luogo, in cui trovavasi la *sella curulis* del magistrato, ed intervenivano le persone che componevano il suo *consilium* (assessori, giudici). Il tribunale era costituito nel *comitium*, parte patrizia del foro. Era questo il luogo per gli atti da farsi davanti al pretore nelle cose di competenza del tribunale, ed anche di quelli davanti ai giudici, che potevano essere riguardati come il *consilium* del pretore, ed in ispecie i decemviri. Gli altri giudici per contrario nominati dal pretore tenevano le loro udienze nel foro. Negli antichi tempi la *iurisdictio* del pretore era sempre esercitata *pro tribunali*, o sia nel *comitium*: ma bentosto la *iurisdictio voluntaria* ossia la *legis actio* (fatta eccezione per le quistioni giuridiche per le manomissioni, e le *in iure cessiones*) fu possibile anche in altri luoghi, dovunque trovavasi il magistrato (4), essendo ciò necessario per guadagnar tempo per gli ufficii più importanti nelle udienze *pro tribunali*. Una tale procedura *de plano*, com'era detta in opposizione di quella *pro tribunali*, fu estesa posteriormente anche ad altri casi, per i quali non richiedevansi le rimanenti solennità degli atti giudiziarii. Quando alcuno dirizzava una petizione al magistrato, e questi vi apponeva una risposta in iscritto, non era naturalmente necessario che ciò avvenisse *pro tribunali*, non lo era nè anche per le richieste a bocca, per le quali dava un momentaneo provvedimento, come per esempio nelle querele dei genitori contro i proprii figli, dei patroni contro i liberti, ed alle quali davasi ascolto ammonendo, o imponendo una lieve punizione (5). Questi casi addivennero sempre più frequenti, sicchè posteriormente si tennero speciali udienze per simiglianti faccende di piccolo momento, *sessiones de plano* (6). La regola era la seguente: l'attività del magistrato nella procedura ordinaria esercitavasi *pro tribunali*, come altresì per ogni faccenda giudiziaria, che richiedeva una *causa cognitio* e *decretum* (7); alle altre adempivasi *de plano*, ed in quei luoghi, che l'occasione o la prudenza del magistrato sceglieva. Eravi la più grande pubblicità, quando le udienze dei magistrati e dei tribunali erano tenute sul pubblico mercato: ed anche quando nel terzo periodo fu trovato più comodo raccogliersi in luoghi coverti, il che fin dai più antichi tempi avveniva nelle province, l'accesso rimase di dritto illimitatamente aperto al popolo, e non prima del quarto periodo s'introdusse una limitazione, che successivamente escluse il popolo dall'esser presente alle procedure giudiziarie (§. 123).

L'ora del giorno per gli atti giudiziarii (davanti al magistrato o al giudice *in comitio aut in foro*) era quella prima del mezzogiorno, ossia che questi atti dovevano essere cominciati in questo tempo, sicchè chiunque non compariva fino al mezzogiorno era giudicato come contumace. Nel tempo di Cicerone questo termine fu protratto sino all'ora decima del giorno (8). Gli atti non dovevano prolungarsi al di là del tramonto del sole, ma non dovevano nè anche essere interrotti prima: una legge Pletoria però permise al pretore di potere annunziare al popolo un'altra ora di chiusura (9). Nel terzo periodo

(1) Fino a *coniiciunt* nella *Rhet. ad Herenn.* II. 13. Da *ante meridiem* in Gellio XVII. 2: l'ultima proposizione in Varrone, *de L. L.* VII. 51.

(2) L. 11. *D. de iust. et iure* (1. 1.): — *alia significatione ius dicitur locus, in quo ius redditur — quem locum determinare hoc modo possumus: ubicunque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur.*

(3) Paol. Diac. *ex Festo*: *pro significat in, ut pro rostris, pro aede, pro tribunali.*

(4) Caio, I. 20.

(5) L. 1. §. 1. *D. de const. princ.* (1. 4.) L. 9. §. 3. *D. de off. proc.* (1. 16.). L. 6. *D. de accus.* (48. 2.).

(6) *Vat. fragm.* 161.

(7) L. 3. §. 8. *D. de bon. poss.* (38. 1.). L. 9. §. 1. *D. de off. proc.* (1. 16.). L. 1. §. 1. *D. de const. princ.* (*vel conoscens decrevit, vel de plano interlocutus est.*

(8) Cicerone, *In Verrem* IV. 17.

(9) Varrone, *De L. L.* VI. 5. *Suprema summum diei — hoc tempus XII tabulae dicunt occasum esse solis: sed postea lex plaetoria id quoque tempus iubet esse supremum, quo praetor in comitio supremam pronuntiavit populo.*

le ore giudiziarie erano dalla seconda sino alla decima (1). Nè ciò avveniva in tutti i giorni. Avanti tutto è da osservare, ch'eranvi di quelli, nei quali una *legis actio* non era possibile, nè in una quistione giudiziaria, nè altrove: tali erano i *dies nefasti* (2), ch'erano più di sessanta, ai quali aggiungevasi un considerevole numero di quelli, che erano *nefasti* soltanto in parte (*intercisi* e *nefasti priores*). All'inammissibilità della *legis actio* in questi giorni fu aggiunto anche il divieto d'intentare un *iudicium* secondo la procedura della *lex Aebutia*. Ai *dies nefasti* stanno incontro i *dies fasti*, ch'erano quasi quaranta di numero: erano quelli legalmente fissati per l'esercizio della giurisdizione, e nei quali perciò anche il magistrato era obbligato esercitare il suo ufficio. A questi aggiungevansi ancora circa 190 *dies comitiales*, destinati per le assemblee popolari, che non erano possibili nei giorni *nefasti*, e nei *fasti*. Siccome era in arbitrio dei magistrati esercitare la loro giurisdizione anche in questi *dies comitiales*, quando non erano occupati nelle assemblee popolari, così era di poco nocumento il piccolo numero dei *dies fasti*. Oltre la divisione *in dies nefasti*, *fasti*, *comitiales* eravi quella in *dies festi* (feste religiose, *sacrificia*, *epulae*, *ludi*, *feriae*,) e *profesti*; perciò un *dies fastus* poteva essere altresì *festus*, uno *profestus nefastus*. Ma forse eravi anticamente la regola, che quando un *dies fastus* coincideva con un *dies festus*, quello perdeva in questa occorrenza la sua qualità di *fastus*. Una tale regola venne successivamente limitata: la stessa fu applicata prima della legge Ortensia alle *nundinae*, ai giorni di mercato, ch'erano noverati nelle *feriae*: ma una tale legge ordinò, che anche questi potevano essere *fasti*.

Altre regole valevano per gli atti *in iudicio*. Per questi non era d'impedimento la qualità d'un giorno, *dies nefastus*, sebbene per contrario non si avesse la consuetudine di farli nelle feste e particolarmente durante i *ludi* e *feriae* (3). Dal tempo, in cui l'istituzione dei *iudices selecti* fu applicata anche ai giudizii civili, e che questa qualità fu cominciata a considerare come un ufficio, sicchè si supponeva, che coloro ch'erano scritti nella lista dei giudici erano sempre parati e presenti per accogliere le quistioni, che venivano loro commesse, per rendere più lieve un tal peso fu creduto necessario indicare il tempo, nel quale i giudici dovevano trovarsi presenti in Roma. Da ciò fu causata la espressione *actus rerum* (*quum res aguntur*): un tale *actus* avveniva due volte in ciascun anno, nei mesi d'inverno e di està, divisa l'una e l'altra stagione da due lunghi periodi di vacanze nella primavera e nell'autunno (4). Oltre queste i giudici si prendevano ancora altre vacanze, le quali furono tolte da Augusto, in quantochè egli aumentò l'*actus rerum* di altri trenta giorni applicati per lo innanzi ad alcuni giuochi (5). Claudio tolse le vacanze della primavera e dell'autunno, sostituendo a queste una vacanza nella fine e nel principio dell'anno: ma anche questa fu tolta da Galba, sicchè rimasero come vacanze i soli giorni dei *ludi* e delle *feriae*, quando non era ordinato altrimenti per i singoli giorni.

Marco Aurelio fu autore mediante un senatoconsulto d'una novella istituzione (6). Siccome non eravi più motivo di distinguere i giorni di esercizio della giurisdizione dei magistrati e di quella dei giudici; così una tale distinzione fu annullata come cosa anticata e non rispondente alle condizioni presenti. Marco indicò 230 giorni, nei quali permettevasi l'esercizio degli atti giudiziarii sia davanti al pretore o ai giudici: ed egli potè formare un tal numero noverando nei *dies fasti* e sotto il nome di *dies iudiciarii* i *dies comitiales*, che col mancare delle adunanze popolari rimasero disponibili per la giurisdizione. Fu tolta ai pretori la decisione, se volessero far uso di questi giorni, e rimase soltanto in loro arbitrio, s'essi volessero esclusivamente applicarsi in alcuni giorni ad alcune particolari faccende giudiziarie (7).

In opposizione dei 230 *dies iuridici* i rimanenti erano detti *feriae*, *dies feriati*, nei quali non potevansi esercitare alcuna giurisdizione ed atti giudiziarii, fatta eccezione di quelli della *iurisdictio voluntaria* (8). Nondimeno coll'accordo di tutte le parti liti-

(1) Paolo, *Sent.* IV. 6. 2.

(2) Varrone, *de L. L.* VI. 29-31. Macrob. *Saturn.* I. 16., Bethmann-Hollweg, *Manuale*, I. §. 19.

(3) Cicerone, *In Verr. Act.* 1. 19.

(4) Svetonio, *Claud.* 23: *rerum actum, divisum antea in hibernos aestivosque menses, coniunxit.*

(5) Svetonio, *Octav.* 32.

(6) Dig. II. 12: *de feriis* etc. Capitol. *Marc.* 10: *iudiciariae rei singularem diligentiam adhibuit, factis dies iudiciarios addidit, ita ut ducentos triginta dies annuos rebus agendis litibusque disceptandis constitueret.*

(7) Bethmann-Hollweg, *Manuale* I. §. 19. num. 30.

(8) Paolo, *Sent.* II. 25. 3: *emancipatio etiam die feriato fieri potest.*

ganti anche in un *dies feriatus* potevansi trattare le quistioni di dritto (1).

Prescrizione degli atti di procedura.

§. CLVIII.

Il tempo dell'esercizio d'un atto giudiziario, che formava parte essenziale del processo, poteva essere fissato per convenzione, dalla legge, ed anche dall'autorità giudiziaria. Ma per il processo considerato come un tutto può indicarsi un tempo, scorso il quale diveniva perento (2).

Vi aveva dei *iudicia*, ch'erano fondati esclusivamente sull'*imperium* del magistrato, per mezzo del quale erano cominciati, *(imperio continentur)*: e questi si estinguevano cessando l'*imperium* di quello o di colui, a cui erano stati commessi primachè avesse pronunziata la sua decisione. Di tal natura erano quelli cominciati fuori Roma *(extra primum urbis miliariarium)*, tutti quelli dei *recuperatores* in Roma, ed infine gli altri, nei quali una delle parti o il giudice era peregrino. Diversi da questi erano i *iudicia*, che avevano a loro fondamento una disposizione legislativa, *(quae legitimo iure consistunt)*: tali erano quelli cominciati in Roma davanti ad un giudice, purchè tutte le persone, che v'intervenivano, avessero avuta la cittadinanza romana. Lo stesso Caio fa avvertire, che non si debbano confondere questi *legitima iudicia* con i *iudicia ex lege*, con quelli cioè, ch'erano la conseguenza d'un'azione proveniente da una *lex*. Sicchè non per il contenuto (ossia per il dritto del quale trattavasi) ma per la forma di questi giudizii una *lex* è la fonte, il *iudex* è *lege datus*, e la durata del suo ufficio perciò non dipende dall'*imperium* del magistrato. La possibilità che ne risultava della continuazione dei processi per molti anni, cominciò a divenire un inconveniente dal tempo, in cui i giudici nominati era presi fra i *iudices selecti*, giacchè era interesse delle persone, ch'esercitavano il *munus iudicandi*, di non essere per indolenza delle parti gravate del peso delle liti non giudicate, anche molto tempo dopo che avevano cessato di essere nella lista dei giudici. È perciò che la medesima legge, la *lex iulia iudiciaria (privatorum iudiciorum)* che probabilmente estese l'istituzione dei *iudices selecti* ai processi civili, nello stesso tempo ordinò; che un *legitimum iudicium* dovesse estinguersi in un anno e mezzo, quando non vi fosse stata la decisione giudiziaria, agevolando in tal modo il *munus iudicandi* (3).

PROCEDURA GIUDIZIARIA.

A. *Introduzione del processo.*

§. CLIX.

Per cominciare un processo era necessaria la presenza delle due parti *in iure*. Il mezzo che aveva l'attore per ottenere la presenza del convenuto, era un atto stragiudiziario, la *in ius vocatio*, una intimazione personale di seguirlo in giudizio. Non gli era però lecito penetrare nella casa del *vocatus*, e per alcune persone la *vocatio* era alcune volte nulla, altre volte soggetta ad un'azione penale, quando non fosse stata fatta con uno speciale permesso del pretore (4). Le XII tavole obbligavano il *vocatus* a seguire l'attore, dovendo questi però prestare un mezzo di trasporto al primo, quando fosse stato invalido o debole per età (5): negando di seguirlo, l'attore chiamava dei testimoni, ed aveva la *manus iniectio* persistendo quello nel suo diniego (6). In difetto di testimoni egli poteva fare davanti alla casa del chiamato una intimazione pubblica; questa teneva le veci dei testimoni (7), e dava il dritto alla *manus iniectio*, quando il chiamato tacevasi, ed era posteriormente incontrato. Nondimeno il *vocatus* era dispensato dalla necessità di seguirlo, quando presentava un *vindex*, che prendendo per se il processo e seguendo l'attore, lo liberava dalla *manus iniectio* (8). L'editto pretorio dette all'attore l'azione per una somma in denaro invece della *ma-*

(1) Ulp. L. 6. D. *de feriis* (2. 1. 2.), che certo non accenna alle sole ferie della raccolta e della vendemmia.

(2) Caio, IV. 103-109.

(3) Io avviso, che fosse stato questo il vero scopo della legge, e non che con essa in un modo generale o in vantaggio delle parti si fosse inteso ad accelerare i processi.

(4) Dig. II. *de in ius vocando.*

(5) Gell. XX. 1: *si morbus aevitasque vitium escit, qui in ius vocabit iumentum dato, si nolet arceram ne sternito.*

(6) Porf. *ad Hor. serm.* I. 9. 65. *si in ius vocat ni it antestator, igitur em capito.* Fest. v. *struere: si calvitur pedemque struit, manum endo iacito.*

(7) *Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum ito.* Fest. v. *portum* e *vagulatio.*

(8) L. 22. §. 1. D. *de in ius voc.* (2. 4.). *Assiduo vindex assiduus esto, proletario quoi quis volet vindex esto.* Gell. XVI. 10.

nus iniectio contro il chiamato renitente (1): ed introdusse in luogo del *vindex* la *cautio iudicio sisti*, colla quale il chiamato prometteva presentarsi in un determinato giorno, assicurando una tale promessa con un garante, che doveva essere *locuplex pro rei qualitate* (2). Se il convenuto non si presentava, potevasi reclamare contro lui o contro il garante la pena convenuta (*poena desertionis*), o gl' interessi, quando una *iusta causa* non scusava la sua contumacia. La presentazione doveva essere fatta in *eadem causa*, quante volte volevasi evitare quest' azione, senzachè potesse farsi alcun cambiamento, che rendesse più grave il processo contro il convenuto. Il pretore dava delle azioni anche contro le terze persone, le quali impedivano le conseguenze della *in ius vocatio*, o della *cautio iudicio sisti* (3).

Se le parti comparivano *in iure*, gli atti di procedura non erano per ordinario compiti in questo medesimo giorno, giacchè l'attore cominciava dal dichiarare al convenuto quale azione egli pensava esercitare contro lui, *editio actionis* (4), dovendo dare a questo ultimo bastante tempo per prepararsi alla difesa. È perciò che le parti convenivano un termine, in cui s'incontrerebbero novellamente *in iure*, essendo detta una tale promessa *vadimonium*, compresa egualmente nella espressione generale *cautio iudicio sisti*; come *poena desertionis* occorre la condanna ad una certa somma, che in alcuni casi era eguale al valore dell'obbietto in litigio, nei rimanenti alla metà, e non mai maggiore di 100000 sesterzi. Il convenuto doveva per regola generale presentare dei garanti (*vadei*): in alcuni casi era dispensato dalla *satisdatio* (*vadimonium purum*), in altri sostituivasi il giuramento, o la pena per mezzo dei *recuperatores*, quando non serbavasi fede al *vadimonium* (5). È facile persuadersi, che in queste condizioni sarebbe riuscito manifestamente molto più comodo, quando le parti dispensandosi da quella prima presentazione in giudizio invece della *in ius vocatio* si accordavano sopra un giorno, in cui avrebbero realmente cominciati gli atti, fissandolo col *vadimonium*. È certo, che fin dal tempo di Cicerone questo era il modo ordinario, usandosi realmente la *in ius vocatio* soltanto contro un convenuto ostinato e pertinace (6).

Tutto questo suppone, che sia presente il convenuto, acciocchè fosse possibile la *in ius vocatio* o il *vadimonium*, o che siavi un'altro che volesse prenderne le difese, un *idoneus defensor*, che presti la *cautio iudicatum solvi* (§. 156). Se ciò non avveniva, egli era *indefensus*, ed essendo riguardato come già giudicato, permettevasi l'esecuzione contro lui (§. 173. 179), secondo l'antico dritto la *manus iniectio*: avveniva la stessa cosa, quando la *in ius vocatio* non aveva l'effetto di farlo presentare in giudizio, o che il convenuto non eseguì il *vadimonium*. In questo caso il pretore concedeva contro l'*indefensus* la *missio in bona* col dritto di vendita (7).

Nel terzo periodo oltre la *in ius vocatio* ed il *vadimonium* venne in uso una seconda specie d' introduzione della procedura ordinaria. Questa fu la *litis denuntiatio*, la cui origine è attribuita a Marco Aurelio (8). Consisteva nella notificazione della quistione giuridica al convenuto citato avanti ai testimoni, formandosene un documento, che veniva sottoscritto da questi. Da ciò l'azione prendeva il suo nome, sicchè l'atto teneva le veci della *editio actionis*. Nell'ultimo giorno del termine legalmente determinato, e che contavasi da quello della *denuntiatio* le parti dovevano presentarsi in giudizio:

(1) Dig. II. 5. *si quis in ius vocatus non ierit*. Caio, IV. 46.

(2) D. 1. 6: *in ius vocati ut eant aut satis vel cautum dent*. Ogni garante doveva essere scelto fra i più prossimi parenti.

(3) Dig. II. 7. *ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat:* 11. 10: *de eo per quem factum erit, quo minus quis in iudicio sistat.*

(4) Dig. 11. 13: *de edendo.*

(5) Caio, IV. 184-187.

(6) Oraz. *Serm.* I. 9. 74: *casu venit obvius illi adversarius et : quo tua turpissime? magna inclamat voce et : licet antestari? Ego vero oppono auriculam. Rapit in ius.*

(7) L'editto pretorio ne indica nel seguente modo i differenti casi, *qui fraudationis causa latitarit —, cui heres non exstabit —, qui exilii causa solum verterit —, qui absens iudicio defensus non fuerit —, qui iudicio sistendi causa fideiussorem dedit, si neque potestatem sui faciet, neque defenderetur:* la condizione generale si era: *si boni viri arbitratu non defenderetur.* Cicerone, *Pro Quinto* 19.

(8) Aur. Vitt. *De Caesar.* I frammenti principali che trattano d' una tale istituzione sono i titoli del codice teodosiano, II. 4. *de denuntiatione vel editione rescripti*, II. 6: *de temporum cursu et reparationibus denuntiationum*, nei quali appare in parte cambiata dalle leggi di Costantino e dei suoi successori. È il primo passo verso l'uso di trattare i magistrati come *iudices*, giacchè la *denuntiatio*, è propriamente la notificazione fatta alla parte contraria di presentarsi in giudizio.

potendo l'imperatore concedere *ex iusta causa* una *reparatio* nel caso di non presentazione in questo termine.

B. ATTI IN IURE.

a. Legis actiones (1). (*Sacramentum*).

§. CLX.

Quando le due parti presentavansi al magistrato, e gli esponevano le loro ragioni facendogli conoscere le mutue pretensioni reclami e difese, l'*ordo iudiciorum privatorum* richiedeva, che tanto il reclamo che le difese fossero formolati in un atto solenne, prendendo in tal modo una forma di procedura. Secondo il più antico dritto ciò avveniva col pronunziarsi parole solenni sì dalle parti come dal magistrato, alle quali si aggiungevano altri atti. Una tale solennità *in iure* era detta *legis actio*, i cui elementi essenziali erano di doppia specie: essi si riferivano in parte alla procedura, alla quale davano una forma speciale, in parte all'obbietto del processo, al dritto in litigio, che ne veniva espresso, e posto a fondamento della quistione giuridica. Sotto l'uno e l'altro riguardo le *actiones* fondavansi direttamente sulle *leges*, dalle quali prendevano il nome: come pure la procedura, alla quale davasi principio con esse, era ordinata dalle leggi, ed i dritti, che intendevansi far valere colle *actiones*, avevano le *leges* a loro fonte, dovendo parimente essere espressi con parole legislative: *ipsarum legum verbis accomodatae erant* (§. 78).

Legis actio era un atto solenne ordinato da una *lex*, ed accompagnato con parole pronunziate a viva voce. Il suo concetto importava oltracciò la necessità della presenza della parte contraria e del magistrato. Faceva soltanto eccezione la *pignoris capio*, che poteva avvenire anche in un *dies nefastus*; ma perciò appunto era noverata nelle *legis actiones* solamente in un senso più largo della parola. In questo senso era una *legis actio* ogni solenne vindicazione, anche quella estranea ad una quistione giudiziaria e tendente a convalidare una trasmissione di proprietà, una costituzione d'un *ius in re* (*in iure cessio*), ed una manomissione. Ma di quelle, colle quali un processo prendeva una forma speciale, e che formavano l'elemento fondamentale della procedura, quattro vedonsi noverate in Caio: *legis actio sacramento*, *per iudicis* (*arbitrive*) *postulationem*, *per condictionem*, *per manus iniectionem*, alle quali egli aggiunge come quinta la *pignoris capio*.

La prima di queste azioni, ossia l'*actio generalis* applicabile in tutti i casi, quando una legge speciale non ne avesse particolarmente ordinata un'altra, era la *legis actio sacramento.* Il distintivo di quest'azione, e dal quale prendeva parimente il suo nome, consisteva in una multa, che la parte soccombente doveva pagare all'erario. Questa multa era fissata dalle XII tavole a 500 *asses*, quando il valore dell'obbietto della quistione era di 1000 *asses* o maggiore, di 50 *asses* per le cose di minor prezzo: quest'ultima somma era anche quella ordinata nelle quistioni sulla libertà dell'uomo, qualunque fosse il valore, che questi poteva avere come schiavo (2). Il processo prendeva con ciò la forma d'una lite sulla multa, che diveniva parimente obbietto del giudizio del magistrato (3). Negli antichi tempi la somma era depositata dalle due parti in un luogo sacro, *in sacro;* chi vinceva ritirava la sua, dovechè quella del soccombente era versata nell'erario: è perciò che questa multa fu detta *sacramentum*, e la procedura *sacramento contendere* (4). Posteriormente non fu più necessario il deposito attuale, ma il pretore richiedeva dei garanti (*praedes*), che rispondessero del pagamento in caso di perdita (5).

(1) Caio, IV. 11-31.

(2) In parte non potrebbesi quì parlare d'un vero valore dell'obbietto in quistione, in parte era a temere, che il pericolo d'una grande perdita non arrestasse molti dal presentarsi come *assertores* per la libertà d'un altro.

(3) Cicerone, *Pro Caec.* 33: — *decemviri — sacramentum nostrum iustum iudicaverunt.*

(4) Varrone, *de L. L.* V. 180 (Müller): *ea pecunia, quae in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro. Qui petebat et qui infitiebatur, de aliis rebus utrique quingenos aeris ad pontem deponebant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium, qui iudicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat.* Festo: *sacramentum aes significat quod poene nomine perditur, sive eo quis interrogatur sive contenditur.*

(5) Probabilmente questa innovazione fu prodotta dalla legge del tribuno del popolo Papirio, della quale Festo dice, che avesse ordinata la esazione dei *sacramenta* per il mezzo dei *tresviri capitales*. Da ciò si spiega, come fu fatto da Festo, la parola *sacramentum*, ossia che il denaro non era più depositato *in sacro*, ma speso per le *sacra*. Nelle parole della legge papiria in Festo: *sacramento exigunto iudicantoque*, l'espressione *iu-*

Fu affermato da alcuni, che la *legis actio sacramento* avesse avuto a suo fondamento nei primi tempi una vera lotta in giudizio, che posteriormente si fosse cámbiata in una apparente (1). Un tale concetto al tutto contradicente ai costumi romani fu cagionato dalla forma della vindicazione, ossia da un atto di procedura, che è possibile che fosse connesso col *sacramento contendere*, ma che certo non era identico con questo. Quand'anche questa *vindicatio* si fosse originata da una lotta reale giudiziaria, il che a mio avviso deesi risolutamente rigettare, non si potrebbe conchiudere da essa alla *legis actio sacramento.* Si è voluto confortare una tale opinione mettendola in connessione coll'antico giuramento dei soldati; e si è conchiuso, che come con un tal *sacramentum* il capo del combattente diveniva sacro agli Dei nel campo, così quello del combattente in giudizio (2). Questa mi sembra una fantasia piuttosto simigliante ad un sogno, e che confonde cose diverse. A giudicare dalle pruove più certe, dalle quali non ci è lecito dipartirci, io penso, che i Romani indicavano col nome *sacramentum* nella *legis actio* la stessa somma. *Sacramentum* è detto in generale il segno esterno ed il riconoscimento d'un rapporto con qualche cosa di sacro; come quello della ubbidienza militare, *sacramentum militare*, così quello d'un rapporto di procedura, della quistione di dritto che vi si connetteva, aveva per segno la somma depositata *in sacro*, che era perduta per la parte soccombente. Non è concepibile alcuna altra identità col giuramento dei soldati, ma per riguardo all'ultima e summentovata qualità accessoria, che bentosto addivenne la principale nelle posteriori *sponsio et restipulatio*, la *sponsionis* summa è nel fatto solamente un *sacramentum* mondano.

Il *sacramento contendere* consisteva nella *provocatio* al deposito, e posteriormente nella promessa della somma fissata come multa: D *aeris sacramento te provoco — simili er ego te* (3). La condizione della pena era la esistenza o non esistenza del dritto preteso dall'attore, che veniva nello stesso tempo espresso colle parole della legge, sulla quale si fondava. Posteriormente quando le parti presentavansi *in iudicium*, sponevano prima che si cominciasse la trattazione propriamente giudiziaria della quistione, i loro reclami in una proposizione brevemente formolata. Questa era detta *causae coniectio*, ed era necessaria perchè la formolazione della quistione nella *legis actio* essendo essa stessa generale, non bastava per far conoscere al giudice tutti i punti in quistione fra le parti. Il tribunale però, avanti a cui portavasi la lite, quando reclamavasi *sacramento*, era quello dei decemviri: la legge Pinaria permise, che si chiedesse la nomina d'un solo giudice (§. 154) (4).

In alcuni casi, per esempio nella quistione sulla proprietà d'una cosa, aggiungevasi agli altri atti *in iure* un atto speciale, ch'era detto *vindicatio*, o *in iure manum conserere*. La prima denominazione derivò dalla composizione di alcune parole; la seconda dall'attività corporale, che in quello stesso momento vi si associava. La *vindicatio* consisteva dei seguenti atti: l'attore dava di piglio alla cosa, mentre teneva in mano un bastone (*festuca* o *vindicta*) e pronunziava le seguenti parole: *hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio secundum suam causam, sicut dixi ecce tibi vindictam imposui* (5) deponendo la *festuca* sulla

dicare non si riferisce alla condanna del debitore (altrimenti non avrebbe potuto venir dopo *exigunto*), ma all'indicazione dei fondi, da cui dovevasi prendere la somma necessaria per le spese di queste o quelle *sacra*.

(1) G. Asverus, *Sulla legis actio sacramento* 1837. Si accorda con lui nei punti essenziali Huschke, nella critica di questo scritto, *Giorn. crit. per la scienza del dritto* 1839. p. 565—686.

(2) Kuschke, *eod.* p. 676.

(3) Valerio ha spiegate le lettere: *Q. N. S. Q. S. quando negas te sacramento quinquagenario te provoco*: inoltre: *Q. A. N. Q. N. quando ais neque nego:* che sembrano riferirsi alla contraria *provocatio* del convenuto, e dove invece di *nego* dovrebbesi probabilmente leggere *negas*.

(4) *Vindicere — vim dicere*, O. Miller, *Spiegazione etim. delle espressioni di dritto*. Museo Ren. v. 8. Festo: *vindiciae appellantur res eae de quibus controversia, quod potius dicitur VIS QUAM* (Huschke) *fit inter eos qui contendunt.* Gellio (XX. 10) dice per chiarire i versi di Ennio: — *miscent inter sese inimicitias agitantes, non ex iure manum consertum, sed mage ferro rem repetunt, regnumque petunt, vadunt solida vi—: nol ut ad praetorem solitum est, agi legitimis actionibus, neque ex iure manum consertum, sed bello ferroque et vera vi atque solida quod videtur dixisse conferens vim illam civilem, et festucariam, quae verbo diceretur, non quae manu fieret, cum vi bellica et cruenta.*

(5) Le parole *secundum suam causam* erano usate nella vindicazione d'un uomo, potendo questo essere rivendicato come schiavo, o come libero: *in libertatem vindicatio* per un *filius in potestate L.* 1. §. 2. *D. de R. V.* (6. 1.) *adiecta causa.*

cosa. In simigliante modo esprimevasi ed operava il convenuto: *contravindicabat*. Posteriormente parlava il pretore: *mittite ambo hominem*, dando alla quistione da cominciarsi un andamento giuridico. Era questa l'espressione simbolica della idea, che la forza doveva cedere al dritto, che il litigio cominciato fisicamente doveva cambiarsi in quistione giuridica (1). La *vindicatio* rendeva necessaria la presenza della cosa litigiosa, e quando ciò non era possibile, d'una parte di essa. Nella vindicazione dei terreni il pretore conducevasi colle parti sul luogo per potere quivi eseguire i summentovati atti (2). Posteriormente divenendo ciò impossibile per la grande estensione del territorio fu sostituita al terreno una zolla, che le parti avevano cura di prendere da esso. Quando queste presentavansi al pretore, l'attore parlava nel seguente modo: *fundum qui est in agro qui sabinus vocatur, ego te ex iure quiritium meum esse aio: inde ibi ego ex iure manum consertum voco*: La parte contraria rispondeva: *unde tu me ex iure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco.* Il pretore quindi diceva: *suis utrisque superstibus praesentibus vindicias sumite, inite viam.* E quando la zolla era stata già recata in giudizio, il pretore soggiugneva, *redite viam:* e cominciavasi la *vindicatio* sulla zolla (3). Interamente diverso e distinto da questo *vindicias sumere* (4), era l' atto straordinario e che precedeva tutta *la legis actio*, detto *deductio*, *deductio quae moribus fit*. Una parte pretendente privando l' altra con un apparente *deiectio* del possesso, era riguardata come convenuta, e dava il *vadimonium* (5). Dopo la *vindicatio* e l' ordine del pretore, che poneva un termine ad essa, seguiva il *sacramento contendere*. Questo era cominciato colla interrogazione dell' attore, *postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*, colla risposta: *ius peregi sicut vindictam imposui.* A ciò ripetevasi da una parte, *quando tu iniuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco*, dall' altra: *similiter ego te*, colla presentazione dei *praedes* al pretore. Infine il pretore doveva oltracciò decidere sulle *vindiciae*, ossia sulla cosa reclamata e sul possesso di essa durante il processo: *secundum alterum eorum vindicias dicebat*, giudicando, chi doveva esserne il possessore fino alla decisione, ed ordinando a questo di dare all' altro *praedes litis et vindiciarum*, ossia un garante per la restituzione della cosa (*lis*) nel caso, che fosse soccombente, e dei vantaggi che si connettevano al possesso, *vindiciae* (§. 232.) *Vindicias dicere* significava determinare lo stato di fatto prima che si decidesse del dritto. Per contrario la decisione della quistione, chi dovesse avere il peso della pruova, ossia la determinazione delle *partes petitoris* e *possessoris*, era già avvenuta mediante gli atti precedenti. Il giudizio sulle *vindiciae* dipendeva dal parere del pretore, che posteriormente ritenne come decisivo il fatto dell' attualità del possesso, quando era senza *vitium* in opposizione della parte contraria (§. 225): ma quando un interesse pubblico rendeva necessaria la conservazione provisoria delle condizioni presenti, egli giudicava conformemente ad un tale interesse (6); nel caso speciale della quistione sulla libertà d'un uomo, le XII tavole avevano ordinato, che le *vindiciae* dovessero esser date *secundum libertatem* (7). Ma anche in questa occorrenza un tal giudizio riferivasi al solo stato di fatto durante il processo: non riguardava però la parte che avrebbe sostenuto ciascuno dei litiganti e la quistione, chi di essi avesse l' obbligo della pruova; per un tale giudizio era determinante in quel tempo come nei tempi posteriori il fatto, se l' uomo, della cui libertà litigavasi, era vissuto fino a quel tempo come libero o come schiavo.

(1) Ogni simbolo è un segno esterno di qualche cosa di spirituale; ma secondo la summentovata opinione d' una lotta giudiziaria, di cui la *vis festuaria* sarebbe un avanzo, avverrebbe il contrario, giacchè il corporale verrebbe rappresentato dallo spirituale. In tal caso non dovrebbesi parlare d'un fatto simbolico. Quella opinione mi sembra tanto poco probabile quanto l' altra, che invece di concepire il rito della *confarreatio* nel contratto di matrimonio come un simbolo materiale, lo considerasse con un avanzo del banchetto di nozze.

(2) Gellio. XX. 10.

(3) Cicerone, *Pro Mur:* 12. Festo. *v. superstites.* Valer. Prob. *E. I. M. C. V. ex iure manum consertum vocare.*

(4) Festo, *v. vindiciae: vindiciae olim dicebatuntur illae quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant.*

(5) Cicerone, *Pro Caec*, 7. *pro Tullio* §. 20.

(6) *Praetores secundum populum vindicias dicunt.*

(7) Pomponio, L. 2. §. 24. *D. de A. I.* (1. 2.) Livio, III. 54. 67. Dion. XI. 30.

Legis actiones (*iudicis postulatio*, *condictio*).

§. CLXI.

Le rimanenti *legis actiones* erano speciali per alcune particolari quistioni giuridiche, sicchè non potevasi usarle per tutte arbitrariamente.

La prima di esse, che certo non era molto più recente della *legis actio sacramento*, è la *legis actio per iudicis postulationem*, come la denomina Caio, il cui nome per essere intero abbisogna senza dubbio della giunta *arbitrive* apposta alla parola *iudicis*. La specialità di essa consiste nella formazione del tribunale, ch'era costituito per giudicarne; è perciò che ne abbiamo fatta considerazione precedentemente colla indicazione dei casi, per i quali era competente (§. 154): questa sua indole essenziale è espressa colla formola, che vi si usava: *iudicem arbitrumve postulo uti des*, che ciascuna delle parti pronunziava indicando il giudice, ch'essa desiderava, mentre il pretore ne aggiungeva un terzo (1).

La *legis actio per condictionem* aveva la medesima relazione colla formazione del tribunale. *Condictio* era detta la fissazione d'un giorno colla parte contraria (2), tendente a fare, che questa nel 30 giorno intervenisse *ad iudicem capiendum*. Essa fu introdotta dalla *lex Silia* per il reclamo d'una determinata somma, e per quello di qualunque altro determinato obbietto dalla *lex Calpurnia*. Nel tempo di Caio dubitavasi ancora quale fosse stata la ragione, per la quale fu introdotta: *cum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento aut per iudicis postulationem agere*. È però concepibile una doppia ragione. L'una si è, che volevasi esclusivamente commettere ad uno solo giudice (e non molestare con essa il *collegium* dei decemviri) questa, che era la più semplice di tutte le procedure, nella quale il giudice doveva rigorosamente attenersi al contenuto letterale del negozio, sicchè il suo *ufficium* era molto circoscritto (3): l'altra sarebbe l'annullamento del prestito per *nexum*, e l'origine delle novelle forme di contratto per *stipulatio*, colla iscrizione nei libri domestici, e nel contratto di mutuo colla semplice consegna del denaro (4), le quali sebbene usate già da lungo tempo secondo il *ius gentium* non erano però riconosciute dal dritto delle XII tavole, e per le quali non avrebbesi potuto reclamare *lege*. Probabilmente entrambe queste ragioni vi cooperarono.

La *legis actio per manus iniectionem*, che dee essere considerata come un necessario complemento di quelle dei più antichi tempi, distinguevasi dalle precedenti per una facilità di applicazione tutta propria. In alcuni casi potevasi procedere dando pubblicamente di piglio al convenuto: l'attore ne esprimeva in parole solenni la ragione, per esempio: *quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium decem milia, quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium iudicati manus iniicio*, e metteva la mano sul convenuto. In quei casi, nei quali ammettevasi questa *legis actio*, era inutile la *in ius vocatio*; l'attore arrestava il debitore, dovunque lo incontrava, lo conduceva alla presenza del pretore, ed esercitava quella solenne *manus iniectio* (5). Nella sua forma primitiva, essa non era l'introduzione d'una quistione giudiziaria col convenuto: questi era piuttosto consegnato all'attore, che incatenandolo poteva condurlo seco, quando non interveniva un capace *vindex*, che facendosi garante per lui, ne prendeva la difesa (*sacramento*), e lo liberava (6). I casi, nei quali ammettevasi un'azione tanto pericolosa per il convenuto, erano i seguenti secondo le XII

(1) Valerio Probo riporta le lettere *P.* o pure *T. I. A. V. P. V. D.* spiegandole nel seguente modo: *praetorem* o *tento* o *tempore iudicem arbitrumve postulo uti des:* ma questa spiegazione è manifestamente erronea: *T.* esprime il nome del giudice, o forse *Titium*. Il folio, in cui leggevasi l'esposizione di questa *legis actio* nel manoscritto di Caio, è perduto.

(2) Gellio, X. 24: *sacerdotes quoque populi romani quum condicunt in diem tertium, diem perendini dicunt*. Paolo, *ex Festo*: *condictio in diem certum eius rei quae agitur denuntiatio*. Naturalmente vi si connetteva l'espressione del dritto reclamato dall'attore: in Valerio Probo occorre la formola: *A. T. M. D. O. aio te mihi oportere*, che probabilmente si riferisce a questa *legis actio*, Savigny, *Sistema*, v. p. 577.

(3) Certo anche nella *legis actio sacramento* potevasi secondo la legge Pinaria scegliere un giudice; ma in questo caso l'elezione dipendeva interamente dalla volontà delle parti.

(4) *Pecunia stipulata, expensa lata, adnumerata*. Cicerone, *Pro Rosc. Com.* 4. 5.

(5) Bisogna dunque conchiudere che quante volte era permessa una straordinaria *manus iniectio*, esercitavasi questa *legis actio*, quando il debitore non conveniva coll'attore durante il cammino per andare in giudizio.

(6) Festo: *vindex ab eo quod vindicat, quo minus ii qui prensus est, ad aliquo teneatur*.

tavole: 1) contro un debitore già condannato o considerato *pro damnato* (1). 2) contro il *fur manifestus* (2). 3) quando alcuno rivendicava come schiavo (*in servitutem*) un uomo vivente in libertà, non esercitava la sua azione contro questo stesso (un tale esercizio sarebbe stato in contradizione colla sua affermazione, che quegli era uno schiavo), ma contro un *assertor* o *vindex*, ossia egli procedeva contro quell' uomo colla *manus iniectio*, alla quale si connettevano tutte le summentovate conseguenze (3). 4) Da tutte le notizie pervenuteci sul *nexum* si deduce, che questo per applicazione della forma di mancipazione (*per aes et libram*) creava un contratto costitutivo d'un debito, e dava nello stesso tempo al creditore l'esercizio d'una rigorosa procedura colla *manus iniectio*, alla quale il debitore fin dal principio sottoponevasi con quella forma di obbligazione: chi obbligavasi col *nexum*, era immediatamente considerato *pro damnato* (4).

Tutti questi casi sono compresi nella seguente formola: la *manus iniectio* era esercitata contro il *iudicatus*, e contro colui, ch'era riguardato *pro iudicato:* anche nella *legis actio* occorrevano le parole o *iudicati* o *pro iudicato: ob eam rem tibi pro iudicato manum inicio.* Con leggi posteriori fu estesa questa finzione, *pro iudicato*, anche ad alcuni altri casi, nei quali questa procedura sembrò giusta, e necessaria: per esempio colla legge Publilia essa fu permessa allo *sponsor* contro il debitore, per il quale erasi fatto garante ed aveva pagato, quando non gli era restituita una tale somma in sei mesi (*actio depensi*); dalla legge Furia contro il creditore, che aveva costretto uno dei molti *sponsores* al pagamento d'una parte del debito maggiore di quella, alla quale era obbligato. Posteriormente però la moltiplicazione di questi casi fu trovata pericolosa: per sicurezza della libertà dei cittadini furono apposte delle limitazioni alla *manus iniectio* sì per opera dei *prudentes*, come per il mezzo delle leggi. In alcune di queste, le quali permettevano la *manus iniectio*, non era detto espressamente, ch'essa fosse applicabile *pro iudicato:* questo, per esempio, osservasi, nella *lex Furia testamentaria* contro colui, che avevasi attribuito un legato maggiore di quello, che la legge permetteva; nella legge *Marcia* contro gli usurai, che avevano esatti gl'interessi vietati dalle leggi. E perchè sembrò giusto restringe-

(1) Tale era parimente colui, che non dava ascolto alla *in ius vocatio*, ed in generale l'*indefensus* (§. 160), *l'aes confessus* (§. 173).

(2) Cato, III. 199.

(3) Livio, III. 44: *virgini venienti in forum (ibi namque in tabernis literarum ludi erant) minister decemviri libidinis* (Claudio, il cliente, che doveva rivendicarla come schiava) *manum iniecit, serva sua natam servamque appellans sequi se iubebat.* Cade qui l'acconcio di chiarire la decisione del decemviro Appio, di cui si racconta, ch'egli avesse escluse le *vindiciae secundum libertatem* contro l'espresso ordinamento della legge da lui stesso composta. È appena concepibile che il fatto di questo fosse anche nella sua forma tanto turpemente contrario alla legge, quanto si suole rappresentarlo nei racconti. La legge concedeva al vindicante *in servitutem* la *manus iniectio*, ammettendo nel medesimo tempo le *vindiciae secundum libertatem*: ma l'applicazione di questa ultima regola suppone, che ne fosse fatta la *vindicatio*, ossia che si presenti un *vindex*, che imprenda il processo. In questo caso e non altrimenti il rivendicato rimaneva libero fino alla decisione. Sicchè Appio volendo ridurre in suo potere la giovine per il mezzo del suo cliente non aveva che a cogliere il momento, in cui potevasi sperare, che non sarebbe così facile, che in questo stesso istante si presentasse un *vindex*, essendo assenti i parenti, e gli estranei ritenuti dal timore dell'uomo potente, potendosi altresì in caso di bisogno contrastare la loro capacità come *vindices.* Questo appunto avvenne: con una fretta indecente, ma senza violare le forme del dritto scritto, non presentandosi alcun *vindex*, Appio dette il suo decreto, col quale rimetteva la giovine all'arbitrio del vindicante. Dopo un tale atto sopraggiunsero il zio ed il fidanzato della infelice, offerendosi come *vindices:* ed Appio poteva rigettare una tale offerta sì a causa della procedura chiusa per quel giorno, come pure per il dritto più immediato del preteso padre. Ma la colpevole coscienza lo fè cedere, pensando, che se non presentavasi il padre nel seguente giorno (ed egli persuadevasi di poterlo impedire) sarebbe il ritardo di questo considerato come una rinunzia del suo dritto, e come un riconoscimento di quello dell'attore, ottenendosi in tal modo e col semplice differire un trionfo compiuto. Ma quando il padre realmente presentossi nel seguente giorno, il decemviro trovandosi deluso, e vedendo crollato l'edificio così bene costruito, fu concitato dalla sua furia a rompere i limiti e le forme del dritto. Ma anche questo non fu fatto senza una qualche apparenza di legalità, giacchè non fece che mantenere la validità di quel primo decreto, che non poteva essere annullato ma sospeso nei suoi effetti, rimettendo la continuazione degli atti ad un altro giorno: *priusquam aut ille* (l'attore) *postulatum perageret, aut Virginio respondendi daretur locus, Appius interfatur*: Livio, III. 47.

(4) Tratteremo nel dritto privato della natura del *nexum.*

re per quanto era possibile una tale procedura rigorosa, si ammise una *manus iniectio*, che fu detta *pura* in opposizione di quella *pro iudicato*, e nella quale niente altro rimaneva di essa, che l' introduzione colla presa stragiudiziaria del convenuto, e le parole pronunziate alla presenza del pretore: il convenuto non abbisognava più del *vindex*: egli poteva *manum sibi depellere et pro se lege agere*, ossia, che da quel momento reclamavasi contro lui con una delle rimanenti *legis actiones*. Cercossi parimente di applicar questo anche alle precedenti leggi, quando non eranvi le parole *pro iudicato*. Una legge speciale, il cui nome non leggesi per intero in Caio (1), rimosse qualunque incertezza giuridica avesse potuto originarsene, ordinando, che la *manus iniectio* dovesse avere tutti i suoi primitivi effetti solamente in due casi, contro il *iudicatus*, e nell' *actio depensi*: in tutti gli altri casi non rimase di essa che l' arrestazione stragiudiziaria del convenuto. Una notizia speciale ci è pervenuta sulla esclusione di essa da un caso importante, dal *nexum*. Una legge che dovette avere la sua origine esterna e più immediata nel maltrattamento, ch' ebbe a soffrire il giovine C. Publilio dal suo creditore (2), ordinava, che dovessero essere liberati i presenti e futuri *nexi*, ossia, che un *nexus* potesse sottrarsi alle conseguenze della *manus iniectio* presentandosi personalmente in giudizio anche senza il *vindex*; per il chè il *nexum* cessando dal dare uno speciale vantaggio al creditore venne in disuso. Si usa denominare questa legge *Lex Poetelia* o *Poetelia Papiria*. Una tale denominazione si fonda sul solo testimonio di Livio, che racconta, che il senato avesse ordinato ai consoli di presentare una simigliante legge, innestando un tal fatto nell' anno 418, in cui furono consoli Petelio, e L. Papirio. Ammettendo anche questo (e pure Livio non dice espressamente, che quei consoli avessero realmente presentata la legge) non vi ha ragione di attribuire la legge ad un Petelio; a ciò non posero ben mente coloro, che pretesero sostituire a quel console il dittatore Petilio nell'anno 441 (3). A questo proposito ci occorre al pensiero la seguente riflessione. Tre fatti storici ci sono noti che sono fra loro in un' intima connessione parte certa, parte molto probabile: l'annullamento del *nexum* (pruovatoci da Varrone, Cicerone, Livio, e Dionigi) mediante una legge, il cui nome non ci è fatto conoscere con certezza (4); la limitazione della *manus iniectio*, per la quale Caio cita una legge d' una denominazione dubbia; e la *lex Silia*, la quale introdusse una novella *legis actio* appunto in quel caso, nel quale era ancora applicabile il *nexum*. Sarebbero queste realmente tre leggi differenti? Certo non sarebbe impossibile, che anzi un tale fatto potrebbe essere facilmente spiegato: ma non dobbiamo dimenticare, che l'esistenza di queste differenti leggi non è bastantemente accertata.

L' ultima *legis actio*, che aveva di comune colla *manus iniectio*, che non era diretta alla composizione d' un *iudicium*, ma distinguevasi da tutte le altre in quanto non era esercitata davanti al magistrato ed anche non contro la parte contraria, ma in certo modo *extra ordinem* secondo l' antico dritto, era la *pignoris capionem*. Consisteva nella presa d' una cosa con parole solenni, ch'esprimevano il motivo d'una tale presa: il debitore doveva liberarla, o pure era venduta (5). Non intendiamo parlare della *pignoriscapio*, che il magistrato faceva eseguire da un serviente, ma di quella fatta da una persona privata: nondimeno tutti i casi, nei quali era applicabile si per antico dritto consuetudinario come per disposizione legislativa, avevano una stretta connessione coll' interesse pubblico. Avanti tutto deesi far menzione della *pignoriscapio rei militaris*, che avevano contro colui, ch' era obbligato al pagamento il soldato a causa del soldo, ed il cavaliere a cagione del *aes equestre*, (una somma per il cavallo), e per il

(1) Caio, IV. 25. Nel manoscritto si è letto comunemente *legge uallia*, ed anche *uania* o *ualeia*. Le congetture: *valgia, villia, velleia, varia, aquilia*, non menano ad alcuna conclusione probabile. Potrebbesi piuttosto pensare alla *lex publilia* sullo *sponsor*.

(2) Livio, VIII. 28. Cicerone, *de re pub.* II. 34: *quum sunt propter unius libidinem omnia nexa civium liberata, nectierque postea desitum.* Varrone, *de L. L.* VII. 105 (dal manoscritto fiorentino, sul quale furono formati gli altri): *hoc C. Popilio vocare sillo dictatore sublatum ne fieret, ut omnis qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi sed soluti.*

(3) Niebuhr, *Storia rom.* III. p. 178. 343. Da una simile opinione fu cagionata l' emenda di Varrone; *Poetelio* invece di *Popilio*, e che Lachmann ha compiuta nel seguente modo: *hoc C. Poetelio Libone Visulo dictatore sublatum ne fieret: et omnes qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi dissoluti.*

(4) La parola *sillo* che leggesi nel manoscritto di Varrone potrebbe forse esser letta, *Silio*.

(5) Caio IV 32.

foraggio, *aes hordearium*. Queste somme non erano pagate negli antichi tempi dall'erario, ma coloro, a cui erano dovute, rivolgevansi direttamente contro quelli, ai quali era imposto un tale peso (1).

Come i soldati facevano valere le loro pretensioni, che in quanto alla loro origine avevano un carattere pubblico, così avveniva da parte dei *publicani*, ai quali era concesso l'esercizio della *pignoriscapio* a causa delle rendite dello stato date loro in appalto, e contro quelli, che ne erano obbligati al pagamento. Un'altra categoria di cose riguarda il *ius sacrum*. Le XII tavole permettevano la *pignoriscapio* contro colui, che comprava un animale consacrato al sagrifizio, e non ne pagava il prezzo, ed inoltre contro quello, che prendeva a prestito un animale, quando il valore d'un tale prestito era destinato per essere applicato *in dapem* (*in sacrificium*).

Formulae. (*Parte generale*).

§. CLXII.

La vera forma delle *legis actiones* consisteva in ciò, che pronunziandosi alcune parole, davasi principio al processo, esprimendo con parole legislative le pretensioni, che volevansi far valere. Chi non vi adempiva perdeva la lite. Questa rigorosa osservanza della legge non impediva un più vasto svolgimento del dritto, in quanto non contradicevasi allo spirito proprio del *ius civile* (§. 78): ma quando questo per effetto del dritto delle genti prese una direzione più libera ed indipendente, la necessità delle *legis actiones* dovette addivenire sempre più opprimente. Non fu questa però la sola ragione, che rese desiderabile una forma di procedura diversa più pieghevole, e rispondente ai bisogni dell'attualità. Quand'anche i *prudentes* fossero inchinati ad allocare nei principi legislativi a modo di aggiunzioni le novelle manifestazioni della coscienza giuridica, e per quanto avesse potuto riuscire loro un tale lavoro, non poteva però mancare, che non si esprimesse nella *legis actio* un reclamo, dal quale quello posteriormente proposto davanti al giudice doveva differenziarsi interamente, convertendosi l'opera del magistrato in una semplice e vuota formalità, quandochè il giudice non circoscritto nell'esercizio della sua attività, avrebbe acquistata una illimitata autorità. Appunto un tal bisogno di conservare al magistrato nello svolgimento sempre più crescente del dritto un potere regolatore, e di apporre delle limitazioni al potere del giudice, che si allargava al pari del dritto istesso, ossia con una parola, il pensiero di conservare i vantaggi della procedura *in ius* ed *in iudicium*, dettò la novella istituzione, che noi ci faremo a descrivere. Essa afforzò il potere dei magistrati; ed accordossi in tal modo colle tendenze e col movimento generale di tutto lo stato romano.

Una condizione così importante dei magistrati ebbe la sua prima forma nella giurisdizione dei peregrini. Noi non ci faremo ad investigare, se in questo tempo e rispettivamente a questi non si fosse già formata nei suoi punti essenziali la procedura, che posteriormente fu applicata ai Romani; in qualunque modo non è improbabile (2). Le *legis actiones* rimasero per i Romani la procedura esclusiva fino alla legge Ebuzia, la quale oltre a queste introdusse una novella procedura, quella delle formole (§. 80).

Questa novella procedura consisteva in ciò, che il processo cominciava ed era fatto dipendente da uno scritto, nel quale il magistrato formolava i punti della quistione, *per concepta verba*. Lo scritto era detto *formola*; questa conteneva: 1) l'indicazione

(1) Livio (I. 43: — *et quibus equos alerent*) *viduae adtributae* (*quae bina milia aeris in annos singulos penderent*. Caio, IV. 23: — *nam propter stipendium licebat militi, ab eo qui aes tribuebat, nisi daret, pignus capere.*— Catone in Gellio) VII. 10: *pignoris capio ob aes militare, quod aes a tribuno aerario miles accipere debebat*. Paolo, *ex Festo: aerarii tribuni a tribuendo aere sunt appellati. Aerarium sane populus romulus in aede Saturni habuit*. Queste ultime parole pruovano (che i *tribuni aerarii* non avevano alcuna ingerenza nell'erario. Da Madvin, *de tribunis aerariis* 1838, fu dimostrato, che questi *tribuni aerarii* non erano magistrati, come opinossi per lo innanzi. Ma nel tempo della legge Aurelia avevano perduta la loro primitiva importanza ed il nome esprimeva solamente (come quello dei cavalieri): (Schol. *Bab.* p. 229, *Orell. tribuni aerarii et equites eiusdem scilicet ordinis viri*) un determinato censo.

(2) Il peregrino non era capace della *legis actio*, ma può concepirsene l'applicazione nel seguente modo: il peregrino sceglieva a suo rappresentante un cittadino, che presentavasi per lui nella qualità di *auctor*, come avveniva anche posteriormente per le *pecuniae repetundae* (§. 156). Dovette essere questo il più antico modo di procedura fra i peregrini ed i Romani, che fu forse sostituito allora dalla procedura simigliante alla posteriore romana.

d' un giudice, davanti al quale dovevasi trattare la quistione; *Octavius iudex esto* (1); *P. Cornelius*, *C. Laelius*, *M. Sempronius recuperatores sunto*: nella procedura delle formole era sempre necessaria l'elezione del giudice: per portare la quistione davanti ad un tribunale permanente, bisognava aver reclamato con una *legis actio*: 2) l' istruzione, che davasi al giudice formolando la quistione di dritto, e rimettendone la decisione al suo criterio: *si paret*, *si non paret*.

La procedura delle *legis actiones* non fu però abolita nè dalla legge Ebuzia, nè dalle due leggi Giulie, che nondimeno la limitarono più di quello, che avesse fatto la legge Ebuzia (2). Questa aveva già interamente abolite alcune *legis actiones*, per esempio quella *per condictionem*, che praticamente non aveva più alcuna importanza, e ch'era stata soltanto un mezzo di passaggio alla novella procedura, e forse anche quella *per iudicis postulationem*. Dal tempo delle leggi Giulie rimasero due soli casi, nei quali era permessa la *legis actio*: a causa del *damnum infectum* (senza che Caio ne specificasse la forma, si limita a dire, ch' essa non era mai esercitata realmente in questo caso), e quando la quistione doveva essere trattata davanti ai centumviri, essendo necessario che fosse cominciata con una *legis actio sacramento* davanti al pretore o al preside della provincia (3).

Fu già osservato, quale incremento di autorità si avesse il magistrato dalla novella procedura. Dove che nella *legis actio* la sua attività era quasi passiva, egli ora doveva dare la formola, ossia incarnare l' azione nelle forme di procedura: *iudicium*, *formulam*, *actionem dabat*, e la parte limitavasi a *postulare* ed *impetrare* la detta formola conformemente o al dritto civile (giacchè anche le *actiones civiles* dovevano essere avanti tutto formolate e permesse dal magistrato) o al dritto pretorio. Il magistrato poteva oltracciò negare per determinate ragioni la formola, che la parte chiedeva, e *negare actionem*: 1) quando l' azione non era fondata sul dritto, non essendovi l' azione, ch' essa chiedeva: 2) quando l'esercizio dell'azione era contro i *bonos mores*, e particolarmente se volevasi far valere una *turpis obligatio* (4): 3) se l' azione era fatta dipendere nell' editto dal criterio del magistrato nei singoli casi (5): 4) quando l' esercizio dell' azione era manifestamente ozioso, per esempio, se il debitore era pronto a pagare (6); o la quistione era già definitivamente decisa (7): 5) come mezzo di obbligare un cittadino ostinato e non ubbidiente per indurlo col diniego dell' azione all' esecuzione d' un ordine (8).

Partes formulae (demonstratio, praescriptio).

§. CLXIII.

Nella formola erano contenuti, e prendevano le forme di procedura i reclami e le pretensioni dell' attore e le opposizioni del convenuto. Relativamente al reclamo dell'attore in quanto la formola conteneva e formolava l'azione, di che faremo parola appresso, eranvi quattro parti principali (*partes formulae*), sebbene non tutte potessero essere cumulativamente contenute in una formola: *demonstratio*, *intentio*, *adiudicatio*, *condemnatio* (9).

La prima parte era la *demonstratio*, os-

(1) Cicerone, *In Verrem* II. 12.

(2) Gellio, XVI 10. Caio 30, 31. Perchè la *legis actio* poteva essere esercitata non solamente per un *iudicium privatum*, ma anche per un *publicum* (come per le *repetundae*) così è più naturale intendere per le *duas Iulias* le *leges iudiciorum* e *pubblicorum* di Augusto.

(3) Caio, IV. 31. *ante lege agitur sacramento, apud praetorem urbanum aut peregrinum praesidemve provinciae.* L'introduzione del processo colla *legis actio* era una pura formalità, era perciò indifferente, davanti a quale magistrato avvenisse, purchè avesse la capacità per un tale ufficio: nè questo magistrato aveva alcun potere sul *centumvirale iudicium*, sol perchè, era stato attivo nella *legis actio*.

(4) L. 26. 27. D. *de V. O.* (45. 1.).

(5) L' editto: *qui servum alienum adversus bonos mores verberavisset, deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum iudicium dabo. Item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita iudicium dabo. L.* 15. §. 34. *D. de iniur.* (47. 10).

(6) L. 30. D. *de solut.* (46. 3.). L. 21. D. *de iud.* (5. 1.).

(7) Cicerone, *Pro Flacco* 21.

(8) L. 1. §. 10. 13. D. *de coll.* (37. 6.).

(9) Caio, IV. 39. 52. Per maggiore chiarezza riportiamo la seguente formola: *quod Aulus Agerius de Numerio Negidio incertum stipulatus est (demonstratio); Quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet (intentio); Eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito (condemnatio).* I giureconsulti romani solevano dare all' attore nei loro modelli di formolario il nome di *Aulus Agerius* (il ricco che reclama) al convenuto quello di *Numerius Negidius* (ch' era obbligato a pagare e si nega a farlo): era questo un antichissimo scherzo nazionale, che fu continuato per tradizione nei libri d' istituzione.

sia l'esposizione del fatto, che serviva di fondamento al reclamo dell'attore: era espresso in quel modo che veniva affermato da questo: *quod A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit*: — *quod A. A. N. N. hominem vendidit*. Era scopo della dimostrazione specificare il rapporto giuridico, del quale il giudice doveva decidere, in quei casi nei quali era necessaria una tale determinazione, il che dipendeva dalla qualità della seconda parte della formola. Risolveremo appresso la quistione, quali formole contenessero una dimostrazione.

La dimostrazione riceveva alcune volte un'aggiunzione d'una natura speciale, e ch'era detta *praescriptio (pro actore)* (1). Alcuno poteva possedere molti crediti, dei quali intendeva chiedere un solo al presente senza rinunziare agli altri. La formola però riferivasi a quello che il convenuto doveva all'attore per una tale causa: *quidquid ob eam rem* (quella precedentemente espressa nella dimostrazione) *dare facere oportet (incerta actio)*. In questo caso una limitazione del *iudicium* ad una parte di tutto il debito non risultava dal modo, ond'era formolato il reclamo, che anzi questo era diretto a tutto quello che reclamavasi per una tale causa, ma poteva essere prodotta da un'aggiunzione preliminare, che riduceva a questo punto particolare l'azione ch'era per se stessa generale: *ea res agatur* etc. colla riserva di reclamare un'altra volta il rimanente (2). Questo avveniva quando chiedevansi molti crediti, i quali avevano dei termini di pagamento diversi, e che però non erano tutti trascorsi: *ea res agatur, cuius rei dies fuit*. Senza una tale addizione l'attore avrebbe ora la sola parte, il cui tempo era trascorso, senzachè potesse novellamente reclamare per gli altri crediti, quando veniva il tempo del pagamento, avendo dedotto in *iudicium* tutto il negozio: ed a questo appunto ovviavasi con quell'addizione. Ammettevasi parimente, quando l'attore era obbligato a far valere in quel momento una sola parte dei suoi dritti con un'azione formolata in un modo indeterminato e generale, per esempio, quando il compratore, al quale fu promesso nello stesso tempo la mancipazione del terreno venduto, voleva limitarsi a reclamare ora questa e posteriormente la tradizione: *ea res agatur de fundo mancipando* (3). Queste *praescriptiones* suppongono un'azione diretta ad un'obbietto indeterminato, *incerta actio*: e perchè la formola tende ad una cosa determinata, la limitazione ad una sola parte deve risultare dal modo della sua composizione: per esempio, quando l'attore ha contrattato per venti, ed intende al presente reclamarne soltanto la metà, egli vi riesce colla formola: *si paret decem dare oportere reum*; senzachè gli fosse vietato ripetere l'azione per i rimanenti dieci (4). Vi ha però un caso, nel quale non ostante che l'azione fosse *certa*, era però necessaria la *praescriptio*. Quando un padrone reclamava sul fondamento d'un contratto del suo schiavo, egli era considerato nella formola come creditore, giacchè acquistava il credito per mezzo del suo schiavo. E pur nondimeno era necessario indicare nella formola chi avea conchiuso il contratto: al che adempivasi colla *incerta actio (quidquid etc.)* nella dimostrazione: *quod Stichus servus de N. N. incertum stipulatus est*; al che seguiva: *quidquid ob eam rem N. N. Ao Ao* (il padrone di Stico) *dare facere oportet*: e la *praescriptio* diveniva inutile. Ben altramente usavasi per la *certa actio*, che non conteneva alcuna *demostratio* (§. 167), e cominciava immediatamente nel seguente modo: *si paret Numerium Negedium Aulo Agerio decem dare oportere*: quì il fatto, che non *A. A.* ma il suo schiavo aveva stipulata la somma era espresso in una *praescriptio* preliminare (5). In quanto alla composizione della giunta, di cui è parola, o questa era avanti tutto espressa colle parole *ea res agatur etc.* donde prendeva il nome *praescriptio*, o era innestata nella dimostrazione, sia che questa venisse interposta fra quelle parole preliminari ed il contenuto della *praescriptio* (6), o che quelle parole *(ea res agatur)* fossero al tutto lasciate.

(1) Caio, IV. 130-137.

(2) Cicerone, *De fin.* II. I. *Omnis autem in quaerendo, quae via quadam et ratione habetur oratio, praescribere primum debet, ut quibusdam in formulis: ea res agatur ut inter quos disseritur, conveniat quid sit id, de quo disseratur.*

(3) *L.* 48. §. 7. *D. de aedil. ed.* (21. 1.): *cum redhibitoria actione de sanitate agitur, permittendum est de uno vitio agere et praedicere, ut si quid aliud postea apparuisset, de eo iterum ageretur.* Forse era parimente espressa nella *praescriptio* la protesta per l'accumulamento delle azioni, *L.* 1. §. 4. *D. quod leg.* (43. 3.): *quotiens incertum est, quae potius actio teneat, duas dictamus, protestati ex alia nos velle consegui, quod nos contingit.*

(4) Caio, IV. 56.

(5) La *praescriptio* tiene luogo quì della *demonstratio*.

(6) *Loco demostrationis*, ossia nella, e non invece della dimostrazione.

Partes formulae: Intentio (in personam, in rem: certa, incerta: condictio: bonae fidei actio: fictio: in factum actio: actio praescriptis verbis).

§. CLXIV.

L'*intentio* è quella parte della formola, che più strettamente si connette col dritto, che intendesi far valere, ed ha oltracciò un effetto determinante sulla quistione giuridica. Essa consiste nella indicazione del dritto, che l'attore si attribuisce secondo il *ius civile*, e ch'egli intende far valere, ed esercitare contro il convenuto: è detta perciò *ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit*. Nella *intentio* quindi si appalesa la varietà delle azioni, dipendenti dalla diversa natura dei dritti che si esercitano. La seguente distinzione ci si porge come la prima e la più importante.

L'*intentio* o è diretta espressamente contro la persona del convenuto: per esempio, *si paret, Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere*; o si limita solamente ad indicare l'obbietto, verso cui tende il reclamo dell'attore: per esempio, *si paret, hominem (fundum, ius utendi fruendi, hereditatem) ex iure quiritium Auli Agerii esse.* Nel primo caso l'*intentio* era *in personam*, e l'azione era detta *in personam actio*; nel secondo *in rem*, e l'azione era *in rem actio* (1). Questa *intentio in rem* tiene nel processo formolario le veci della *vindicta* nelle *legis actiones;* è perciò che anch'essa è detta *vindicatio*, sebbene la denominazione moderna fosse *petitio* (onde *formula petitoria* §. 168): sicchè per le *actiones in rem* sono usate indistintamente l'espressioni *vindicationes* e *petitiones* (2), adoperandosi in molti casi la prima, *rei vindicatio*, *in servitutem*, *in libertatem vindicatio;* in altri la seconda, *usufructus petitio, hereditatis petitio.* Per contrario per la *intentio in personam* la parola *actio* è adoperata in un senso speciale (3). Ma è parimente considerata come *in rem actio* quella, la quale è limitata a negare alla parte contraria un dritto sulla cosa: *negativa* o *negativa in rem actio: ius illi non esse utendi fruendi, eundi agendi* etc. sebbene in questa *intentio* come necessaria conseguenza della sua forma negativa fosse nominata la parte contraria. Nondimeno vi sono dei casi, nei quali sebbene l'azione fosse personale, pure non è fatta menzione della persona (4). In tal modo la divisione delle azioni, *in rem* ed *in personam actiones* si eleva al disopra delle forme di procedure: essa si connette nei suoi casi principali con quella diversa formolazione della *intentio*, ma non ne è assolutamente dipendente, comprendendo in se delle azioni, che come sarà detto appresso, non contengono alcuna vera *intentio (iuris civilis).* E ne è ragione, che quella diversa forma della *intentio* non ha una origine puramente di procedura ma sostanziale: nè da essa fu prodotta quella differenza delle azioni in quanto riguarda la loro essenza (in quanto al nome, non vi ha dubbio) ma per contrario fu la differenza dei dritti, che intendevansi far valere, che cagionò quella diversità delle forme di procedure. Sono le azioni provenienti dalle obbligazioni, quelle, la cui *intentio* è *concepta in personam*, stantechè per queste il rapporto giuridico, che è contenuto nella *intentio*, non può essere espresso senza l'indicazione del convenuto (del debitore); le azioni provenienti da tutti gli altri dritti sono *in rem actiones*, e la loro *intentio* è *in rem concepta*, giacchè per queste colla indicazione del dritto nulla ha che fare la persona del convenuto (5).

(1) Caio, IV. 2. 3: *In personam actio est, qua agimus quotiens cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, contendimus, id est, cum intendimus, dare facere praestare oportere. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquid nobis competere velut utendi aut fruendi, eundi agendi aquamve ducendi, vel altius tollendi fruendi vel prospiendi, item actio ex diverso adversario est negativa.*

(2) Caio, IV. 5. L. 28. *D. de O. et A.* (44. 7). L. 178. §. 2. *D. de V. S.* (50. 16.).

(3) Si legg. i frammenti delle Pandette citati nella nota precedente: nell'ultimo dei quali è detto: *actionis verbum et speciale est et generale, nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit petitio, sed plerumque actiones personales solemus dicere, petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur:* è questa una osservazione che si riferisce all'uso simultaneo di questa espressione nelle formole della legge e dei contratti, per esempio: *L.* 18. §. 1. *D. de acceptil.* (46. 4.).

(4) *L.* 1. §. 3. *D. de interd.* (43. 1.): *interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt. L.* 9. §. 8. *D. quod metus* (4. 2): *cum autem haec actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est.*

(5) Su questa natura della divisione delle azioni, sul carattere generale e sulla estensione di essa vegg. Savigny, *Sistema* V. §. 206-207.

L'*intentio in rem* era sempre diretta ad un *certum*, ossia era necessario, che il suo obbietto avesse potuto e dovuto essere sempre indicato in un modo certo: la *in rem actio* è una *formula qua certum petimus* (1). Avveniva il contrario colla *intentio in personam*: anche questa poteva essere *certa*, ma poteva parimente essere *incerta*: sicchè le *formulae* vi si distinguevano in *certae* ed *incertae* (2).

La *intentio in personam* quando era diretta ad un *certum*, era formolata nel seguente modo: *si paret reum dare oportere*. *Dare* nel senso proprio della parola è l'atto, col quale un obbietto è acquistato dall'altra parte *ex iure quiritium*, ossia in modo da poterlo rivendicare colla *in rem actio* (3). Sicchè l'obbietto del reclamo e quindi la *intentio in personam* ha in questo caso la medesima certezza, che è una condizione indispensabile per la *intentio in rem*. La *certa formula* suppone inoltre due condizioni: 1) il reclamo deve essere diretto ad un'obbietto, che possa essere capace di quella *vindicatio*, sia che fosse una cosa, *res corporalis*, (cose mobili o terreni italici), o un dritto, *res incorporalis* (*usus*, *usufructus*, *ius eundi* ecc. quando parlasi di dritti sulle terre si accenna sempre alle italiche) (4): 2) il reclamo dee essere fatto in modo, che il suo obbietto passasse realmente sotto la potenza giuridica del creditore, che la cosa fosse data in proprietà *ex iure quiritium*, e la servitù fosse costituita *iure civili* (per esempio colla *in iure cessio*). Da ciò segue parimente, che un obbietto, che appartenevasi già all'attore, non poteva essere reclamato colla *intentio dare oportere*, giacchè non può darsi ad alcuno quello, che già trovasi di avere (5).

L'*intentio* diretta al *dare oportere* era di doppia specie, secondo che il *certum*, al quale era diretta, fosse una somma di denaro, o tutt'altro obbietto. 1) Per una determinata somma (*pecunia certa credita signata forma publica populi romani* (6) veniva espressa nel seguente modo: *si paret N. N. Ao Ao sestertium X milia dare oportere*: quest'azione aveva la specialità, che le parti promettevansi scambievolmente una multa, ch'era la terza parte della somma reclamata, e che doveva essere pagata dal soccombente a colui che vinceva la lite: ed era questa una specialità, che dava un grande vantaggio all'attore, ch'era sicuro del fatto suo, contro un debitore di mala fede. 2) Diretta a tutt'altro obbietto determinato era espressa nel seguente modo: *si paret N. N. A. A. tritici Africi optimi centum modios dare oportere* (7): o pure, *si paret N. N. A. A. iter per illum fundum ad illum fundum dare oportere*: quest'azione non dava il medesimo vantaggio della *sponsio penalis*.

Noi ci facciamo a trattare della *intentio* diretta ad un *incertum*. Questa era adoperata in tutti i casi, nei quali l'obbietto dell'azione non era determinato. Come per il *certum* usavasi la parola *dare*, così per l'*incertum facere* (8). L'indeterminatezza di questa espressione consisteva in ciò, ch'essa non limitavasi al *dare*: sebbene anche questo vi fosse contenuto: è perciò che nella formola alla parola *dare* aggiungevasi l'altra *facere*; essendo espresso con ciò, che anche un *dare* poteva essere contenuto nel reclamo, che intendevasi far valere con questa formola (9). L'*intentio* era espressa nel seguente modo:

(1) Un *incertum* sarebbe quì possibile solo quando alcuno si attribuisse una sola parte del dritto reclamato, per esempio quando reclamasse una proprietà in comune, e non potesse determinatamente indicare questa parte: ma questa *incertae partis vindicatio* era una semplice eccezione, ed una necessità. Caio, IV. 54. L. 76. §. 1. D. *de R. V.* (6. 1.) D. *com. div.* (10. 3.). L. 1. §. 5. D. *si pars* (5. 4.).

(2) Caio, IV. 54. 131.

(3) Marezoll, *Gior. per la giur. civ.* X. 8. e Savigny, *Sistema* ec. V. p. 516.

(4) *L. 19. D. de serv. praed. rust.* (8. 3.): — *si omnes (iter ad communem fundum) stipulentur — singuli ex sociis sibi dari oportere petere possunt*. Sicchè l'azione per un dritto, che non ammetteva la *vindicatio* secondo il dritto civile, sebbene fosse ammessa forse dal pretore con uguali effetti, non poteva mai contenere la *intentio: si paret reum dare oportere*: tal'era l'azione per il dritto di *superficies*, sull'*ager vectigalis*, o per la riduzione in proprietà d'un terreno provinciale, o d'una servitù. A questo ultimo caso io riferisco le parole: *L. 75. §. 3. D. de V. O.* (45. 1.): *fundi certi si quis usumfructum stipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem deduxisse: hoc enim magis iure utimur*. I compilatori cancellarono anche quì la parola *provincialis*, intendendosi di abolire quella differenza di terreni.

(5) Caio, IV. 4: — *nec enim quod nostrum est, dari nobis potest, cum solum id dari nobis intelligatur, quos ita datur, ut nostrum fiat*. — Eravi una eccezione che i giureconsulti romani consideravano come un'anomalia, ed era il caso di furto, e quando la cosa non esisteva più, potendosi allora usare la formola: *si paret eum dare oportere*. Sulla ragione di questa anomalia leggasi Savigny, XIV. 15.

(6) *Lex Rubria* cap.21. Dione Cassio, LII. 30.

(7) L. 74. 75. §. 2. D. *de V. O.* (45. 1.).

(8) L. 175. 189. 218. D. *de V. S.* (150. 16).

(9) L. 53. *pr. eod.*

quidquid paret N. N. A. A. dare facere oportere. Da questo modo di composizione della formola può dedursi la grande differenza dell' ufficio del giudice in questa azione ed in quella diretta al *dare*. In questa ultima, l'obbietto, sul quale egli doveva giudicare, era determinato, ed il giudice non poteva estendersi al di là di esso: più che altrove circoscritto era egli nell' azione che aveva per obbietto una *certa pecunia*, giacchè in questa doveva soltanto accertarsi, se il convenuto era debitore d'una tale somma, e quindi (nè più nè meno) condannarlo o assolverlo, dove che nell' azione tendente ad *alia certa res*, in caso di condanna aveva se non altro l'ufficio di estimarne il valore in denaro, sebbene però non potesse estendersi al di là di quello, che il determinato obbietto era stato estimato nella *intentio*. Il contrario seguiva nella *incerta intentio*, in cui non essendovi un obbietto determinato, il giudice era libero nel suo giudicio: egli non valutava una cosa determinata, ma *quidquid dari fierique oportere*, ossia il valore, che questo *dare facere* aveva per l' attore: e quando trattavasi di cose, ch' erano contenute in questo *quidquid etc.*, dovevansi prendere in considerazione anche i vantaggi che vi si connettevano, e particolarmente i frutti raccolti dal tempo, che il reo convenuto era obbligato alla restituzione (1). Ciò vale per i frutti raccolti prima di cominciare il processo: giacchè i frutti *post acceptum iudicium* erano contenuti anche nella *certa res*, dovendo il giudice parimente estimarli e tenerne conto nell'azione del *dare oportere* (2).

Oltre la formola *dare facere* ne occorre anche un' altra, che può essere parimente detta *incerta*, ma che però adoperavasi in un numero molto limitato di casi: per esempio, *si paret N. N. pro fure damnum decidere oportere* (3).

Quale di queste differenti formole: *si paret sestertium X. milia dare oportere — si paret fundum etc. dare oportere — quidquid paret dare facere oportere — si paret pro fure damnum decidere oportere*, dovesse essere adoperata, dipendeva dall'obbligazione, che volevasi far valere, e dall' obbietto di essa (4). Da ciò e per riguardo delle azioni, che ne provenivano, le obbligazioni erano distinte in *obligationes ad dandum, faciendum, praestandum*: e questo stesso era parimente applicato alla *intentio: in personam actio est — cum intendimus dare, facere, praestare oportere* (5). Le obbligazioni *ad dandum* rispondevano quindi all' *intentio* del *dare oportere*, quelle *ad faciendum* all'*intentio* del *dare facere oportere*: e le obbligazioni *ad praestandum* erano dette quelle, nelle quali la *intentio* non era diretta nè al *dare* nè al *dare facere*, ma (ed è questo quello che rimane, giacchè non occorre alcuna *intentio* colla parola *praestare*) al *damnum decidere*, sebbene avessero potuto essere formolate diversamente.

Molto più semplice era l'applicazione della formola *damnum decidere*, che riferivasi esclusivamente alle obbligazioni provenienti da delitto secondo il dritto civile. Le rimanenti formole *dare* e *dare facere oportere* avevano una denominazione comune, essendo dette *condictiones* (6). Un tal nome derivò dalla *legis actio per condictionem*; sebbene in quanto alla parola non fosse molto propria, giacchè non eravi in queste formole una *condictio*, ossia una *denuntiatio* alla parte contraria (7): ma nel fatto la novella *condictio* conteneva oltre gli stessi casi dell' antica, anche un' altra classe, ossia le azioni, che avevano a loro obbietto un *incertum* (col *dare facere*), mentre l'antica poteva essere adoperata solamente per un *certum* (*certa pecunia*, o *alia certa res* §. 182). Ma anche questa antica limitazione si appalesa nella novella espressione, giac-

(1) L. 4. *pr. D. de usur.* (22. 1.) in cui Papiniano considera questo come un pregio proprio dell' azione diretta ad un *incertum*. Ma Paolo ammetteva il reclamo dei frutti anche nell' azione d' una *certa res*, quando era esercitata per una cosa, che si apparteneva all' attore e trovavasi senza una causa giuridica in potere del convenuto. L. 38. §. 1. 3. L. D. *eod.*

(2) L. 38. §. 7. *eod.*

(3) Caio, IV. 37. 44.

(4) Così Caio diceva (IV. 53.): *sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet.*

(5) L. 3. *pr. D. de O. et A.* (44. 7.): *Obligationem substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum, vel servitutem nostram faciat* (perciò l' azione non ha alcun *intentio* al *meum esse*), *sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum:* ed a ciò pure era diretta la *intentio formulae. Lex rubria* p. 22.

(6) Caio, IV. 5: *appellantur — in personam vero actiones, quibus dare fierique oportere intendimus, condictiones.* Non erano dunque comprese in questa indicazione: 1) l'azione al *damnum decidere*: 2) le *formulae in factum conceptae*, che non avevano alcuna *intentio* fondata *in ius*: 3) Le *bonae fidei actiones*, che certo erano dirette al *dare facere*, ma colla giunta *ex fide bona*.

(7) Caio, IV. 18.

chè usavasi adoperare la parola *condictio* per l'azione proveniente da stipulazione, ed il cui obbietto era un *certum* (colla *intentio dare oportere*), essendo detta *actio ex stipulatu* quella diretta al *dare facere* (da una stipulazione d'un *incertum* (1), sebbene in quanto alla sua essenza fosse una *condictio* al pari di qualunque altra, che ha a suo obbietto un *incertum*, ed è diretta al *dare facere*, il che avveniva pure per l'*actio ex stipulatu* (2). Eravi dunque una *certi* ed una *incerti condictio*. Di queste due espressioni l'una ha conservato sempre il medesimo significato riferendosi alle *formulae incertae* colla *intentio* al *dare facere oportere*, senonchè, quando il reclamo era fondato sulla stipulazione, invece della *condictio incerti* usavasi la denominazione *actio ex stipulatu*. La prima per contrario fu tradotta in una specie delle *formulae certae* nel linguaggio dei giureconsulti romani, essendo particolarmente usata per il reclamo d'una determinata somma: e questa limitazione era contenuta nella espressione: *si certum petetur* (3). Così fra la *condictio certi* o *si certum petetur* (che risponde all'antica *legis actio per condictionem ex lege silia*) e la *condictio incerti* eravi un'altra *condictio* diretta ad *alia certa res* oltre la *pecunia numerata* rispondente all'antica *condictio ex lege calpurnia*. Per questa classe media occorre l'espressione *condictio triticaria* (4); di cui però non conoscesi di certa scienza, se si limitasse ad essa, o contenesse in sè anche la *condictio incerti*: io mi attengo alla prima spiegazione (5).

In tal modo alle tre riportate *intentiones: si paret ss. X. milia dare oportere — si paret tritici etc. centum modios* (o *fundum*, *hominem etc.*) *dare oportere—quidquid facere oportere*, *quidquid dare facere oportet* — rispondono tre brevi denominazioni: *condictio certi*, — *condictio tricaria*, — *condictio incerti*. Il fondamento di queste azioni, ossia la qualità, che un'obbligazione deve avere, perchè si ammettesse una di queste *condictiones*, è materia del dritto positivo, e noi ne tratteremo nella dottrina delle obbligazioni (6). La *condictio*, che secondo il suo obbietto era o *certi* o *triticaria*, o *incerti*, risultava da una serie di negozii, che avevano un principio fondamentale comune. Fra questi noveravasi anche la stipulazione, e dal modo onde questa era espressa (se *certa* o *incerta*) decidevasi, quale di quelle condizioni: *certi*, *tricaria*, o *incerti* (ch'era qui detta: *actio ex stipulatu*) fosse ammissibile (7). Sotto questo rispetto potrebbe parere dubbio il caso d'una stipulazione, in cui l'obbietto fosse determinato solamente in quanto alla sua specie, o alternativamente: *hominem* (non *hominem Stichum*) *dare spondes?* — *decem aut hominem Stichum dare spondes?* Non vi era alcuna difficoltà quante volte l'attore ne aveva la scelta, giacchè reclamando egli un determinato obbietto, la sua azione sarebbe, secondo la diversità di questo, una *condictio certi* o *triticaria*. Ma quando l'elezione appartenevasi al convenuto, Ulpiano opina, che la stipulazione fosse *incerta*, e che l'azione fosse perciò diretta al *dare facere* (8). Sembra, che potesse trarsi una differente decisione da Caio (IV. 53): egli dice, che quando l'attore per una tale stipulazione (nella quale la scelta si appartiene al debitore) reclami una delle cose alternativamente promesse, o una specie del genere, sia questa una *pluspetitio*, e che perciò anche la *intentio* dovesse essere formolata come la stipulazione: sicchè potrebbesi pensare, che egli accenni alla *intentio*, *si paret decem aut hominem Stichum dare oportere*. Tutto questo invero non vedesi espresso nelle sue parole: la *intentio* dee essere conforme alla stipulazione, ed essa lo è, quando è *incerta*,

(1) L. 24. *D. de reb. cred.* (12. 1.): *Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condictitia actione id persequi debet, per quam certum petitur pr. J. de V. O.* (3. 15.): *ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta.*

(2) Caio, IV. 136.

(3) L. 9. D. *de reb. cred.* (12. 1. L. 1. D. *de cond. trit.* (13. 3.).

(4) Dig. XIII. 3. *de condictione triticaria*: Più di tutte le altre cose il frumento si assomiglia al denaro: sarebbe questa una spiegazione materiale del nome, che dovette probabilmente avere una origine storica speciale.

(5) Vi risponde il nome, e l'esposizione, che leggesene nei frammenti del citato titolo: per esempio: L. 1: *qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur: si certum petetur, qui autem alias res, per triticariam condictionem petet. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, quae sint praeter pecuniam numeratum, sive in pondere sive non iura constent, sive mobiles sint sive soli.*

(6) Questo punto fu investigato ed eccellentemente esposto dal solo Savigny, *Sistema* n. XIV: sulle *condictiones*: la sua trattazione è d'un immenso soccorso per l'intelligenza del dritto romano delle obbligazioni.

(7) L. 74. 75. *D. de V. O.* (45. 1.). Caio, IV. 136.

(8) L. 75. §. 1. 8. *D. de V. O.* (45. 1).

in quei casi nei quali la stipulazione ha per obbietto un *incertum*. Caio non dice altro, senonchè in quei casi debbasi reclamare per *quidquid dare facere oportere*.

In un gran numero di azioni provenienti da negozii giuridici la *intentio* diretta al *dare facere oportere* conteneva una giunta, mediante la quale l' ufficio del giudice estendevasi al di là dei suoi limiti ordinari. Osservammo precedentemente, che fin dai più antichi tempi permettevasi ai giudici in alcuni casi un più libero giudizio sui rapporti giuridici fra le parti, e che rispettivamente a questi casi erano i giudici detti *arbitri* (§. 154), e che inoltre distinguevansi due classi di tali *arbitria*. Questo dritto esistente già nel tempo delle *legis actiones* (§. 169) fu applicato alla procedura delle formole. Per una specie di questi *arbitri* (dell' altra faremo parola quando tratteremo della *condemnatio* §. 166) il giudice riconosceva la sua qualità di arbitro dalla giunta alla *intentio*, colla quale giunta lo si faceva avvertito di giudicare secondo l'equità e le intenzioni vere delle parti, quello che l'una dovesse all' altro. Una tale addizione era espressa differentemente secondo la diversità dei casi: posteriormente fu usata generalmente l'espressione *ex fide bona;* sicchè l'*intentio* era formolata nel seguente modo: *quidquid (ob eam rem) Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona:* donde questi giudizi erano detti *bonae fidei iudicia*, le azioni *bonae fidei actiones*, e le obbligazioni, dalle quali provenivano, *bonae fidei obligationes*. Sono citati come *bonae fidei iudicia* (1) quelli: *fiduciae*, *ex emto*, *vendito*, *locato*, *conducto*, *negotiorum gestorum*, *mandati*, *depositi*, *pro socio*, *tutelae rei uxoriae*, *commodati*, *pigneraticium*, *familiae erciscundae*, *communi dividundo*, *praescriptis verbis de aestimato et ex permutatione*.

Sicchè le azioni provenienti dai contratti, o da simiglianti fatti giuridici distinguevansi in due classi: *condictiones et bonae fidei actiones*, delle quali le prime in opposizione delle ultime erano dette alcune volte *stricti iudicii* o *stricti iuris actiones* (2). Del resto questa distinzione si riferisce: 1) solamente alle *formulae* che contenevano una vera *intentio*, potendo queste sole avere la addizione *ex fide bona* (che si riferisce all'*oportere*), essendone eccettuate le *formulae in factum conceptae*, 2) soltanto alle *formulae* con una *intentio in personam* e non alle *in rem actiones*: 3) alle sole azioni provenienti dai negozii giuridici, che in quanto hanno una *intentio* di quella specie, sono o *condictiones* o *bonae fidei actiones*, e non alle azioni originatesi dai delitti.

Dovechè le *condictiones* potevano avere secondo il già detto una formola certa o incerta, per l' *actio bonae fidei* era possibile solamente una *incerta formula* (*quidquid dare facere oportet*), potendo questa sola avere la giunta *ex fide bona*. Non tutte le *incertae actiones* erano *bonae fidei*, ma tutte le *bona fidei actiones* erano *incertae*. L'importanza di quella giunta, e quindi la natura della differenza tra la *bonae fidei actio*, e la *condictio*, o *stricti iuris actio*, sarà svolta nelle sue conseguenze nei singoli punti della procedura e del dritto, nei quali produce maggiori effetti: ci limiteremo a fare qui un' osservazione generale. L' ufficio del giudice poteva essere più o meno libero: 1) relativamente all' obbietto, secondo l' estimo da farsene dal giudice, le considerazioni da avervi, e le accessioni da ammettere; sotto un tale rispetto l' estensione dell' ufficio del giudice dipendeva dal fatto, se l' *intentio* era certa, e specialmente diretta ad una somma di denaro o ad *alia certa res*, o incerta; non riponevasi però in questo la specialità della *bonae fidei actio* avendo comune colla *condictio incerti* la *incerta intentio*, e la procedura susseguente: 2) relativamente al giudizio sul dritto e sulla ingiustizia, ossia se e fino a quando il reclamo dell' attore sussiste, e se « l'*oportere* » sia giusto: sotto questo rispetto il giudizio del giudice nei *bonae fidei iudicia* era più libero che in tutte le *condictiones*, ed è questo che ne formava il distintivo. In tali casi il giudice senza essere vincolato dalla parola doveva giudicare quello che dettavagli il sentimento della giustizia: fu già ricordato, che le parole *ex fide bona* debbono essere riferite ad *oportere*.

La *intentio* poteva avere oltre la mentovata giunta di altra specie, e questa era la *fictio*, colla quale l' azione veniva estesa ad un caso, al quale non lo era primitivamen-

(1) Caio IV. 62. §. 28. 1. *de action.* (4. 6). Cicerone, *De offic.* III. 15. 17. Differenti erano le *actiones in bonum et equum conceptae* nella cui formola occorrono le parole: *quantum aequius melius* o *bonum aequum iudici videbitur*, e che davano la facoltà al giudice di determinare a suo criterio la somma dei danni ed interessi.

(2) §. 28. 30. 1. *de action.* (4. 6). Marciano, L. 5. §. 4. *D. de in litem iur.* (12. 3). Ulpiano, L. 3. §. 2. *D. com.* (13. 6.).

le (1). Con ciò non cambiavasi la natura dell' azione, nè l' ufficio del giudice, ma eragli commesso di giudicare secondo le supposizioni espresse nella giunta, quasicchè esistessero le condizioni proprie dell' azione. Questa finzione era possibile nelle sole formole, che contenevano una vera *intentio*, sia che questa fosse *in rem*, o *in personam:* ci si porge un esempio della prima nell'*actio publiciana: si quem hominum A. A. emit et is traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur eius ex iure quiritium esse oportet* (2). Sono esempi della seconda la formola, colla quale l' erede pretorio reclamava contro il debitore del defunto: *si A. A. heres Lucii Titii esset, tum si paret N. N. A. A. ss. X milia dare oportere:* e la formola colla quale si reclamava contro un ladro peregrino: *si paret ope consiliove Dionis Hermaei filii furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret*. Queste azioni erano dette *actiones fictitiae* (3), e come Caio esprimevasi, *actiones quae ad aliam actionem exprimuntur*, potendo un tale tipo sul quale erano modellate essere o una *legis actio* o un' altra: in opposizione di queste quelle che non erano fondate sopra una tale finzione, addimandavansi *actiones quae sua vi ac potestate constant*. Due momenti distinguevansi nella *fictitia actio*, il materiale, che consisteva nella imitazione di una tale azione da un'altra, e nell' estensione di questa ad altri casi (4), e quello della forma, stantechè una tale imitazione era espressa nella formola; questo secondo momento era indicato dal nome *fictitia actio*, ed il primo dalle parole *utilis actio*, ossia un' azione, che aveva una efficacia (*utilitas*) anche estesa al di là della sua primitiva applicazione. In opposizione delle *utiles* le *actiones* usate nella loro estensione originaria erano dette *actiones directae;* per esempio l' *heres* aveva l' azione diretta, l' erede pretorio la utile. Senonchè vi erano delle *utiles actiones*, per le quali il fatto di essere modellate sopra un' altra non era espresso nella formola, ossia erano delle imitazioni di altre azioni in quanto al contenuto, ma non in quanto alla formola: perciò può affermarsi, che tutte le *actiones fictitiae* erano *utiles*, ma non tutte le *utiles* erano *fictitiae*.

Le formole, le quali contenevano una *intentio* della natura di quella che noi abbiamo rappresentata nelle sue differenti specie, erano dette *in ius conceptae*; e perchè l'*intentio* era l' espressione del dritto, che appartenevasi all' attore secondo il *ius civile*, era denominata perciò *intentio iuris civilis*. Ma vi erano delle formole, che non contenevano una tale *intentio*, nelle quali non commettevasi al giudice d' investigare, se un obbietto spettava all' attore, o il convenuto dovevagli qualche cosa *iure civili*, ma se un certo fatto fosse vero o falso, dovendo condannare o assolvere secondo l'uno o l'altro caso. Queste formole che non avevano la *iuris contentio* erano dette *formulae in factum conceptae*, e le azioni *in factum actiones*: per esempio, *si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse*, al che seguiva immediatamente la condanna: *recuperatores illum libertum illi patrono ss. X m. condemnate, si non paret absolvite* (5).

In questa formola alla *demonstratio*, ed alla *intentio* è sostituita come *designatio rei de qua agitur*, ossia l' indicazione del fatto, sul quale si fonda il reclamo dell'attore, senza che un tale reclamo fosse esso stesso particolarmente formolato ed affermato. Questa indicazione del fatto, ch' è detta parimente *designatio rei de qua agitur*, può essere assimigliata alla *demonstratio* in quanto al contenuto (senonchè non supponeva una descrizione dei fatti secondo le solennità del

(1) Caio, IV. 10. 32—38.

(2) Non deesi confondere la *fictio* colla *demonstratio*, la prima è una parte della *intentio*, a cui appunto nel citato caso, come nel seguente non precede alcuna *demonstratio*.

(3) Ulpiano, XXVIII. 12.

(4) Colla differenza però, che nella *fictio legis actionis* l' imitazione limitavasi alcune volte al solo dritto, e non estendevasi alla procedura, altre volte anche alla procedura.

(5) Caio IV. 45-47. 60. La differenza fra le due classi di formole si manifesta con più chiarezza particolarmente nei casi, nei quali (come per il deposito ed il comodato) il pretore proponeva simultaneamente *formulae* *in ius* ed in *factum conceptae*, e che Caio contrappone per il deposito nel seguente modo:

In ius:	*In factum*
— *iudex esto. Quod A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. N. Ao. Ao dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. N. Ao. Ao condemnato, nisi restituat, si non paret absolvito.*	— *iudex esto. Si paret, A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam N. N. Ao Ao condemnato s. n. p. a.*

dritto civile), ma in quanto alla forma (*si paret*) ed alla sua efficacia, era simile alla *intentio iuris civilis*, essendo parimente detta *intentio*. Anche le *in factum actiones* potevano essere *utiles*, che anzi molte lo erano (1), ma la qualità di essere una imitazione non era espressamente indicata nella formola. L'origine delle *formulae in factum* dovette essere l'impossibilità per alcune azioni d'una *intentio iuris civilis*, o quando ciò non era possibile almeno direttamente, come in quei casi, nei quali la pretensione dell'attore non poteva essere fondata sul *ius civile*. Eranvi dei casi, in cui i magistrati riconoscevano e proteggevano la proprietà, *iura*, le obbligazioni, che non esistevano per dritto civile, ma solamente *tuitione praetoris*, e nei quali il reclamo dell'attore colla *intentio si paret rem actoris esse* (*iure civili*), *o si paret reum dare oportere* (*iure civili*) sarebbe stato rigettato dal giudice, giacchè una tale *intentio* faceva avvertito il giudice di esaminarne l'ammissibilità secondo il *ius civile*. Vi si provvedette in prima colla *fictitia formula*, e per un tempo un tal mezzo dovette sembrare bastante, ma originossi il bisogno di novelle azioni nei casi, nei quali le finzioni non erano applicabili. E quando non volevasi novellamente cadere nei lacci, ch'erano stati sciolti col non considerare la *legis actio* come la sola forma esclusiva di reclamare (2), era necessario aprirvi una novella via, la quale consistette nella formola senza *intentio iuris*. Nel fatto era questo però soltanto un piccolo passo dalle *ficticiae actiones*. Se noi prendiamo in considerazione particolarmente le formole con una *fictio*, non può negarsi, che avessero una *intentio iuris civilis*, ma questa era già turbata dal modo condizionale, ond'era espressa; non era una *intentio* reale, ma una *intentio* finta: la *fictio* fu ammessa per questa nello stesso modo, che lo era stato per la *legis actio*. Essa era già in sostanza una *actio in factum*, senonchè accennava ancora alla *in iuris intentio*, essendo il giudizio del giudice dipendente invero dalla esistenza d'un fatto, ma anche dai principi giuridici, ch'erano la condizione dell'ammissibilità della *iuris contentio*. Non avevasi che a trasandare quest'ultimo momento, ed esprimere il fatto in modo ch'esso contenesse compiutamente tutti gli elementi, dai quali dipendeva la decisione, per creare la *formula in factum concepta*.

Qui sorge però la quistione sul rapporto delle *in factum actiones* colla distinzione delle *actiones inpersonam* ed *in rem*. In quanto alla forma questa divisione si riferisce alle sole *formulae* colla *intentio iuris*: sicchè sotto un tale rispetto potrebbesi affermare, che le *formulae in factum conceptae* non appartenevano nè all'una nè all'altra classe: ma in quanto al contenuto quella distinzione si estende anche ad esse. Sicchè le *actiones in factum* originate dalle obbligazioni, erano *personales actiones*. Ma con ciò però non è deciso, se il pretore avesse date le *actiones in factum* anche a difesa di altri dritti, ossia se avesse date tali azioni, che potessero essere noverate fra le *actiones in rem*. L'apparenza parrebbe contradirlo; la struttura delle *formulae in factum conceptae* sembra essere stata accomodata particolarmente per le azioni personali: tutti gli esempi che ce ne pervennero sono di questa specie, e per la proprietà pretoria era indubitatamente un'*actio fictitia* quella data del pretore, e le *actiones in factum* che servivano a compire la *vindicatio*, avevano una tendenza personale (3). Inoltre eranvi alcuni casi, nei quali sarebbe appena possibile ammettere una *in rem actio in iure concepta*, in ispecie per il pegno (§. 231). Può però affermarsi, che la novella forma di reclamare dovette essere usata prima per i rapporti obbligatori, ai quali il pretore concedeva il suo patrocinio, continuando per gli altri rapporti giuridici ad usarsi del mezzo della finzione, finchè infine manifestossi in tutte le occorrenze l'urgente bisogno, di rompere queste catene.

Più importante è il rapporto colla distinzione *in stricti iuris* e *bonae fidei actiones*. È indubitato, che le *actiones in factum* non facevano parte di queste ultime, giacchè l'addizione *ex fide bona* non era concepibile per esse: molto meno erano *condictiones*. Tutto questo però non esclude il quesito, se l'*officium iudicis* in esse seguisse l'analogia dell'una o dell'altra specie. Savigny le considera generalmente come azioni libere, sicchè sarebbero stati applicati loro tacitamente i principii delle *bonae fidei actio-*

(1) Per esempio, *actiones in factum accomodatae legi Aquiliae*. L. 11. *D. de praescr. verb.* (19. 3).

(2) L'uso della finzione nella procedura delle formole ha un'analogia colla *interpretatio prudentium* nelle *legis actiones*, colla quale le azioni contenute nella legge furono applicate ai casi, ch'espressamente non lo erano.

(3) Per esempio, l'*actio in factum* contro l'erede di colui che aveva posseduto, o con dolo avesse cessato di possedere la mia cosa, è contrapposta espressamente alla *in rem actio* L. 51. *D. de R. V.* (6. 1).

nes (1). Io penso, che non potesse proporsi una regola tanto generale, e che l'*officium iudicis* sarebbe stato determinato dal modo, onde era espressa la *designatio rei*, e questo dalla qualità del rapporto giuridico. Ma è mia opinione, che in un punto importante eravi una differenza fra tutte le *actiones in factum* ed i *bonae fidei iudicia*, anche quei giudizii, ch'erano fondati sui medesimi rapporti giuridici, dai quali originavansi pure quelle *bonae fidei actiones*, ossia relativamente alla necessità di proporre le eccezioni davanti al pretore e di farle inserire nella formola. Il principio, che una tale necessità non esisteva per la *doli exceptio* nei *bonae fidei iudicia*, dee essere limitato a questi, e non valeva per le *actiones in factum*. E n'era ragione, che il pretore in molti casi oltre la *bonae fidei actio* dava parimente una *formula in factum*, coll'esercizio della quale l'attore poteva obbligare il convenuto di proporre immediatamente le sue eccezioni davanti al pretore.

Debbonsi distinguere da queste *actiones in factum* pretorie, che prendevano il loro nome dal modo speciale della formola, alcune *civiles actiones*, che alcune volte erano anche dette *civiles in factum actiones*, ma comunemente: *actiones praescriptis verbis*. Su queste vi ha da osservare quanto segue. Nella *incerta formula* dovevasi esprimere il motivo del reclamo, giacchè con ciò solamente era possibile determinarne la misura: le parole *quidquid ab eam rem dare facere oportet* accennano ad una precedente indicazione della causa dell'azione. Una tale indicazione era fatta nella *demonstratio*, quando il fatto giuridico dal quale originavasi il reclamo, aveva un nome speciale secondo il dritto civile, per esempio *stipulatio*, *depositum*, *emtio venditio* ec. Ma vi erano alcuni rapporti obbligatorii, che sebbene validi per dritto civile, pure mancavano d'una denominazione particolare tecnica: *contractus quorum appellationes nulla iure civili proditae sunt* (2). In questo caso non era possibile una vera *demonstratio*, ma facevasi precedere alla *intentio* un principio al tutto simigliante, che non era detto *demonstratio*, ma usavasi per esso l'espressione generale *praescripta verba* (3). Due di queste azioni sono noverate fra le *actiones bonae fidei*: con ciò si accorda, che appunto queste due occupano due titoli speciali nei digesti, il che accenna ad una specialità, che dovevano avere sulle altre (4).

Partes formulae: (adiudicatio, condemnatio).

§. CLXV.

Un terzo elemento della formola era l'*adiudicatio*, colla quale commettevasi al giudice di aggiudicare a ciascuna delle parti quello, che le si apparteneva dell'obbietto in comune. Il modo, ond'era espressa, era il seguente: *quantum adiudicari oportet, iudex Titio adiudicato*, essendo doppia per le due parti. Questa *pars formulae* era ammissibile nelle sole azioni, che avevano per obbietto la divisione giudiziaria d'un obbietto; ciò avveniva nell'*actio communi dividundo*, *familiae erciscundae*, *finium regundorum*.

D'uno uso molto maggiore era la *condemnatio*, che occorreva in tutte le formole fatta eccezione di poche (§. 167). Consisteva nell'ordine, che davasi al giudice di condannare o di assolvere: *condemnato, si non paret absolvito* (5). La *condemnatio* consisteva sempre in una somma di denaro, qualunque avesse potuto essere l'obbietto dell'azione: ma questa somma poteva essere determinata o indeterminata; e questa differenza era d'una grande importanza per l'ufficio del giudice. La *condemnatio* come parte della formola (ossia l'ordine dato al giudice, e non il giudizio di questo, che doveva indicare sempre una determinata somma), poteva essere: 1) *condemnatio certae pecuniae: iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem millia condemna, si non paret absolve.* In questo caso il giudice non aveva alcuno potere sulla estensione della condanna: un cambiamento avrebbe potuto essergli attribuito a colpa: sicchè trovando, che il convenuto non doveva all'attore questa somma, sebbene ne dovesse una poco minore, era obbligato ad

(1) Savigny, *Sistema* ecc. XIII. 6. 10. 18.

(2) Ciò non importava, ch'esse non potessero avere un nome, come per esempio *permutatio, aestimatum*, ma questo non era legalmente riconosciuto.

(3) Alessandro, L. 6. *C. de trans.* (2. 4) la denomina *actio quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat.*

(4) Dig. XIX. 3: *de aestimatoria*. XIX. 4. *de rerum permutatione*: segue quindi XIX. il titolo generale per le altre.

(5) L'una e l'altra parte erano sempre connesse: *condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendique potestas permittitur.* Caio, IV. 43. Vi si riferisce anche la L. 37. *D. de R. J.* (50. 17): *Nemo qui condemnare potest, absolvere non potest.* L. 3. *D. de re iud.* (42. 1).

assolverlo (1). Questa forma della *condemnatio* era adoperata nelle *formulae in ius conceptae*, quando l'*intentio* aveva per obbietto una *pecunia certa*, ossia nella *certi condictio* (§. 165), ma era parimenti ammissibile per le *actiones in factum*, quando riferivansi ad una determinata pena (2). 2) Negli altri casi la formola conteneva una *condemnatio incertae pecuniae*, e particolarmente in tutte le *formulae in ius conceptae*, quando la *intentio* non era diretta ad una *certa pecunia* ma o ad un *incertum* o ad una cosa certa, del denaro in fuori, giacchè anche in questo ultimo caso il giudice per potere condannare doveva estimare l'obbietto, essendo parte del suo ufficio una tale determinazione del valore di quello: era parimente ammissibile nelle *actiones in factum*, quando l'obbietto del reclamo non era una somma certa immutabile. Ma quest'ultima *condemnatio* era essa pure di doppia specie: ordinariamente era *indefinita*, che era quella, in cui non si apponeva alcuna limitazione al giudizio del giudice nel determinare la quantità, se non quella che risultava dalla natura stessa della cosa: *quanti ea res est, tantam pecuniam iudex N. N. Ao Ao c. s. n. p. a:* o pure: (*quidquid dare facere oportet eius*) *iudex N. N. A. A. c. s. n. p. a.* Come le parole della formola lo pruovano, il solo obbietto del reclamo serviva di misura per il giudice. Nondimeno alcune volte non era indicata al giudice alcuna determinata somma, ma nella formola era fissato un *maximum*, che non gli era lecito oltrepassare, e ch'era detto *condemnatio incertae pecuniae cum taxatione: iudex N. N. A. A. dumtaxat* x *milia condemna s. n. p. a.:* potendo in questo caso il giudice secondo la sua prudenza condannare in meno, ma non più del *maximum* e facendolo incorreva in colpa come quando avesse trasgredita una *condemnatio certae pecuniae* (3). Una tale *taxatio* era fatta dall'attore, che in questo modo valutava davanti al pretore l'obbietto del suo reclamo, come per esempio nell'azione per ingiuria nella quale egli estimava per una determinata somma l'ingiuria fattagli (4), e nelle azioni per una pena, ch'era misurata sul valore d'una cosa (5). In molte formole però adoperavasi un'altra *taxatio*, che differenziavasi dalle summentovate in quanto non indicava come misura una somma, ma un altro obbietto come misura, cui il giudice non poteva trasgredire. Ammettevasi una tale *taxatio* in tutti i casi, nei quali il convenuto non era obbligato per il tutto, che formava il vero obbietto dell'azione, ma solo per quello di cui era divenuto più ricco (6), o quando il padre o il padrone soffriva reclamo per il fatto del figlio o dello schiavo fino alla quantità del *peculium*, ed in quanto egli stesso ne aveva tratto profitto (7). Non è menzione d'una tale *taxatio* in Caio nè in Festo, quando parlano della *condemnatio*, ed Huschke considera come al tutto fortuito un tal difetto. Ma è da osservare, ch'essa non apparteneva al sistema delle condanne, che è trattato da Caio, e tanto poco formava una classe speciale di esse, quanto la soggiunta *ex fide bona* per la *intentio*, che dovette parimente conferire moltissimo sulla estensione della condanna. In una parola essa non fu una diretta modificazione della *condemnatio*, ma dell'obbietto del reclamo, sebbene con ciò lo addivenisse ma in un modo mediato, anche della *condemnatio*.

La *intentio*, che precedeva la *condemnatio* nella formola, era la condizione di essa: *si paret — condemna, si non paret absolve.* Alcune volte però alla *condemnatio* precedeva un'altra condizione speciale, colla quale commettevasi al giudice di condannare, quando (supposta la giustizia del reclamo dell'attore) il convenuto non vi adempiva, ossia non restituiva o esibiva una cosa in quel modo che il giudice avvisava conforme al dritto: *nisi arbitratu iudicis rem restituat*, *exhibeat*, o *solveat* (8). Queste formole erano dette *arbitratae formulae*, e formavano

(1) Cicerone, *Pro Roscio Com.* 4.

(2) Caio, IV. 46.

(3) Festo, *V. taxat: in litibus quoque (iudici) arbitrove cum praescribitur, quoad ei ius sit statuendi, taxatio dicitur, quae fit certae summae.*

(4) Caio, III. 224. Paolo, nella *Collat.* II. 6.

(5) Nell'azione a causa di furto era il quadruplo della cosa rubata. L'attore estimava il valore di questa, e lo moltiplicava quattro volte. Il pretore ponendo questa somma come *taxatio* nella formola, il giudice indagava, se il valore fosse realmente quello, o minore: Cicerone, *Pro Tullio* 7.

(6) L. 17. §. 1. *D. de dolo malo* (4. 3): *haec actio in heredem et ceteros successores datur dumtaxat de eo quod ad eos pervenit.*

(7) L. 57. *D. de iudic.* (5. 1): *Transfertur iudicium in patrem dumtaxat de peculio et quod in rem eius versum est.* L. 44. *D. de pecul.* (15. 5): *si quis cum filio familias contraxerit, duos habet debitores filium in solidum, et patrem dumtaxat de peculio.* L. 24. §. 2. *D. de act. emti.* (19. 1): — *sed ultra peculii taxationem dominus non condemnatur.*

(8) §. 31. 1. *de action.* (4. 0). Savigny, *Sistema* V. §. 22—223.

la seconda classe degli *arbitria*, dei quali trattammo precedentemente (§. 134). Con esse ordinavasi al giudice, che trovando fondato il reclamo dell'attore, dovesse dare prima un *arbitrium de re restituenda* o *exhibenda* e poi l'agio al convenuto di adempire quello che reclamavasi dall'attore, come per esempio per i frutti d'una cosa, per gl'interessi a favore o contro, per le cauzioni ecc. Solo quando il convenuto non cedeva a questo arbitrio, era condannato iu una somma di denaro; adempiendovi, vi era pure la sentenza ma di assoluzione. Una tale azione era per esempio *actio quod metus causa* (1), l'*actio de dolo* (2), l'*actio ad exhibendum* (3), inoltre l'*actio de eo quod certo loco* per reclamare in una *stricti iuris obligatio* in un luogo differente da quello, in cui potevasene chiedere l'adempimento (4). La formola arbitraria aveva un'applicazione molto frequente negl'interdetti, ed anche più nelle *in rem actiones* per restituzione, nelle quali era necessaria per dare all'attore la possibilità di ricevere per mezzo del processo la cosa istessa, dove che senza l'*arbitrium* avrebbe avuto soltanto il valore di essa, ed anche questo senza l'estimo di tutto quello, che perdeva colla cosa, e che il giudice come *arbiter* aveva illimitato potere di valutare. Essa teneva luogo in questo caso della nomina dell'*arbitri: si quis vindiciam falsam tulerit* nel tempo delle *legis actiones* (5). Il potere illimitato del giudice nella indicazione del modo, onde il convenuto doveva adempire la sua obbligazione, e nello estimo del valore, che nel caso contrario sarebbe stato obbligato di pagare, era una conseguenza necessaria delle sue qualità di arbitro; e questo ci è fatto particolarmente conoscere nel dritto giustinianeo, nel quale per altro era mancato il rapporto vero dell'*arbitrium* colla *condemnatio*. Ma in qual modo le *bonae fidei actiones* si riferiscono alle *arbitrariae*? Abbiamo precedentemente osservato, ch'entrambe formano le due classi degli *arbitria*, donde può dedursi, che l'*arbitraria formula* non era applicabile anche per i *bonae fidei iudicia*, essendo il giudice in questo caso già arbitro per l'addizione *ex fide bona*, ed avendo tutti i poteri, che gli potevano provenire dall'*arbitraria formula*, anche quello di assolvere il convenuto, quando questi adempiva il reclamo dell'attore prima della sentenza ed in quel modo, che il giudice reputava giusto ed equo (§. 172): sicchè l'*arbitraria formula* sarebbe stata oziosa. A questo sembra contradire la formola dell'*actio depositi*, che dopo la *condemnatio* conteneva le parole *nisi restituat*. Ma questo posto della giunta pruova per se stesso, ch'essa non formava arbitraria l'*actio*, ma era soltanto l'espressione d'un principio, che intendevasi per se stesso. Vi aveva bastanti ragioni per confermarlo espressamente, stantechè trattavasi d'un'azione, che infamava il condannato.

La *condemnatio* infine era la parte della formola, nella quale era scritto il nome del rappresentante, quando il processo era fatto da questo (§. 156). Ciò non produceva alcun cambiamento nella *intentio*, ch'era proposta in nome del *dominus*, i cui dritti facevansi valere, tanto se il rappresentante teneva le veci dell'attore, che del convenuto, particolarmente in quelle azioni, nelle quali notavasi nella *intentio* la persona del convenuto. Ma la *condemnatio* era fatta in nome del rappresentante (6).

§. CLXVI.

La disposizione delle diverse parti della formola seguiva quell'ordine, nel quale ne abbiamo trattato. Ma non eravi alcuna formola, in cui queste parti intervenissero tutte (7).

La *demonstratio* aveva un'applicazione

(1) L. 14. §. 3. 5. *D. quod metus caus.* (4. 2). L'editto, che dettò quest'azione esprimeva una tale qualità colla giunta: *neque ea res arbitrio iudicis restituetur* L. 14. §. 11. *eod.*

(2) 18. *pr. D. de dolo* (4. 3).

(3) L. 3. §. 13. *D. ad exhib.* (10. 4).

(4) Dig. XIII. 4. *de eo quod certo loco dari oportet.*

(5) Può conoscersi in Cicerone (*Verr.* II. 12.) l'*arbitraria formula* nelle *actiones in rem: L. Octavius iudex esto. Si paret fundum capenatem quo de agitur ex iure quiritium P. Servilii esse, neque is fundum (arbitratu iudicis) P. Servilii restituetur, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex rel.*

(6) Caio, IV. 86. 87. Esempio d'un caso, in cui rappresentavasi l'attore: *si paret N. N. Publio Mevio (domino) ss. X. milia dare oportere, iudex N. N. Lucio Titio* (rappresentante) *ss. X. m. condemna s. p. a.* Per il convenuto: *si paret Publium Mevium Ao, Ao ss. X. m. dare oportere, iudex Lucium Titium A. A. ss. X. m. condemna.*

(7) Caio, IV. 44: *non tamen istae omnes partes simul inveniuntur, sed quaedam inveniuntur, quaedam non inveniuntur.* Ho quindi per indubitato, che sia erronea la soggiunta *non tamen semper* apposta da Göschen al manoscritto: si deduce parimente dalla parola *quaedam*, ch'esclude assolutamente il *semper*.

molto limitata: essa era usata soltanto nelle azioni personali (1), ed in ispecie in quelle ch'erano *in ius conceptae* ed anche per queste soltanto in una *incerta intentio*, e quindi non per le *petitiones*, ed infine solo quando il negozio per il quale reclamavasi, e che doveva esservi nominato, aveva un *nomen civile*: altrimenti era sostituita da *praescriptis verbis*. Ma è necessario aggiungere ancora qualche altra osservazione su questi due ultimi punti. La *demonstratio* poteva precedere solamente ad una *intentio incerta*: ed in ciò si accordano tutti gli esempii delle *demonstrationes*, che pervennero fino a noi, e ci è confermato da quelli delle *certae formulae*, che non contengono alcuna *demonstratio* (2), e dalla ragione intima, che in questo solo caso sentivasene il bisogno; giacchè senza la *demonstratio* il *quidquid dare facere oportet* avrebbe mancato di senso e di fondamento, dove che il *si paret centum*, o *fundum dare oportere* portava già in se stesso la sua misura, e l'origine della *condictio* (se provenisse da una *adnumeratio*, *stipulatio* ecc.) era indifferente per la natura del reclamo. Certo non era vietato all'attore di esporre nella *intentio* la causa del suo reclamo, quando piacevagli limitarlo in questa guisa (3). Nello stesso modo potrebbesi supporre, che anche per le *in res actiones* potevasi inserire nella *intentio* l'indicazione del titolo di proprietà, per esempio nella *rei vindicatio* quella della mancipazione, della usucapione, nella *ereditatis petitio* il testamento o la successione intestata: ma oltrechè non occorre alcuna pruova d'una tale indicazione, sarebbe stata anche una imprudenza, giacchè avrebbe limitato l'attore senza lasciargli la speranza di potere ripetere l'azione per un'altra causa (§. 175). Nelle azioni provenienti da delitti occorre una *demonstratio* nei soli casi, ch'esse erano *in ius* o *in bonum et aequum conceptae*: per esempio: *quod N. N. Stichum servum, cum is Ai Ai ex iure quiritium esset, iniuria se occidisse fassus (o infitiatus) est, quantam pecuniam ob eam rem N. N. Ao Ao ex lege aquilia dare oportet*, o *quod Auli Agerii mala Numerii Negidii pugno percussa est*, o *quod Numerius Negidius sibilum immisit Aulo Agerio infamandi causa* (4), o *si paret ope consiliove N. N. furtum factum esse patere aureae quam ob rem N. N. pro fure damnum decidere oportet*: in quanto erano *conceptae in factum*, inserivasene nella *intentio* la necessaria *designatio*. La *demonstratio* non stava mai isolata, ma era in una intima connessione, o serviva d'introduzione alla *intentio* della summentovata specie.

La *intentio* faceva parte di tutte le *formulae in ius conceptae*, dovechè le *formulae in factum conceptae* avevano in luogo di essa una *designatio rei*, che ne faceva perfettamente le veci, senonchè non potrebbesi denominarla una *intentio iuris*, ma *intentio facti*. Ma eravi qualche cosa di speciale per le azioni di divisione: queste avevano una doppia *intentio*: l'una connettevasi alla *adiudicatio*: *quantum adiudicari oportet (ex bono et aequo) iudex Titio adiudicato* (5): questo era ripetuto anche per la parte contraria. Tali azioni non erano però dirette esclusivamente alla divisione (a cui si riferisce l'*adiudicatio*), ma anche alle *praestationes personales*, per le quali uno poteva essere condannato verso l'altro, o assoluto. Esse contenevano perciò una seconda *intentio*, a cui seguiva una *condemnatio*: *tum quidquid ob eam rem alterutrum alteri dare facere oportet ex fide bona, eius iudex alterum alteri condemnato s. n. p. a.* Di queste due *intentiones* la prima connessa alla *adiudicatio*, era *concepta in rem*, giacchè la parte contraria non vi era nominata, l'altra, che precedeva la *condemnatio*, lo era *in personam* (6).

L'*intentio* era oltracciò la sola *pars formulae*, che poteva stare sola. Vi erano alcune formole particolari, che consistevano solamente d'una *intentio*, le *praeiudiciales formulae*, *praeiudicia*. Erano queste le azioni nelle quali il giudice limitavasi a decidere sulla esistenza d'un fatto giuridico, senza condannare il convenuto, per esempio, se alcuno sia liberto, se figlio d'un tale uomo, se libero. Il processo era un *praeiudicium*, in quanto che trattavasi di decidere una quistione, che doveva o poteva servire di fondamento ad un altro processo. I *praeiudicia* sono perciò contrapposti nello stretto sen-

(1) Nelle formole delle azioni reali non occorre alcuna *demonstratio*. Cicerone, *Verr.* II. 12. Caio, IV. 34. 36. Sarebbe stata pure al tutto oziosa.

(2) Caio, IV. 34.

(3) Caio, IV. 55. — *si quis ex testamento dare sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debeatur*.

(4) *Collatio* II 6. §. 4. 5. Caio (IV. 60).

(5) Caio IV. 42. La giunta *ex bono et aequo* occorre nel §. 20 *I. de act.* Io opino, che precedeva una semplice indicazione dell'obbietto colle parole: *de fundo quo de agitur*.

(6) Questo era contenuto nella fonte dalla quale fu tratto il §. 20. I. *de action.* (4. 6): *quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam, qualis est familiae erciscundae actio ecc.*

so anche all' *actio*, sebbene questa espressione nel suo significato più largo li comprenda. L'*intentio* era *concepta* in essi sempre *in rem*, ossia senza l' indicazione del convenuto.

La *condemnatio* faceva parte di tutte le formole, delle *praeiudiciales* in fuori: ma non è concepibile che potesse star sola, essendo sempre preceduta da tutte le altre parti della formola, dalle quali riconosceva la sua importanza (1).

La formola era formata dal pretore secondo le regole di quel tempo, e che non dipendevano dall'arbitrio dell'attore. Ma il suo contenuto consisteva delle asserzioni delle parti, e particolarmente di quelle dell'attore, delle quali faremo ora parola. Un errore, in cui egli incorreva, poteva alcune volte non pregiudicargli, altre volte render dubbio il suo dritto. Il caso principale di questa specie era un reclamo eccessivo, *pluris petitio* (2). Ciò era possibile in quattro modi: potevasi richieder troppo: 1) *re*, chiunque reclamava una somma o una parte d'un obbietto maggiore di quella, che gli si doveva: 2) *tempore*, chi reclamava prima del tempo: 3) *loco*, chi richiedeva l'adempimento in un luogo differente da quello, in cui il convenuto era obbligato ad adempire: 4) *causa*, chi chiedeva al di là del giusto, per esempio, un determinato obbietto d'una specie, dovechè il convenuto ne aveva la elezione.

Gli effetti della *pluris petitio* variavano secondo la diversità delle parti della formola, nelle quali era inserita; se lo era nella *intentio*, ne seguiva, che il reclamo dell'attore veniva rigettato senza poter essere ripetuto, *rem perdit*, *causa cadit*, giacchè l'azione era stata dedotta in *iudicium*, e perciò *consumata* (3). Ma per la stessa ragione egli non soffriva alcun danno, quando richiedeva tutt' altra cosa fosse anche di più, giacchè in questo caso l'azione competente non era stata dedotta *in iudicium*, e quindi non vi era ostacolo all' esercizio futuro di essa. In una *incerta actio* però la *pluris petitio* era di fatto impossibile, giacchè in questa l'attore chiedeva sempre in un modo indeterminato quello che gli si doveva, e senza specificarlo. Quello che abbiam detto è parimente applicabile alle *in factum actiones*, quando nella *designatio* affermavasi più di quello, ch' era dovuto, giacchè questa parte della *formula in factum concepta* teneva le veci della *intentio*. Avveniva il contrario, quando chiedevasi di meno, potendosene reclamare il resto con un'azione posteriore, senonchè non lo si poteva durante la medesima pretura, giacchè il convenuto avrebbe potuto opporre in questo caso l'*exceptio litis dividuae*. Come pure quando per mala fede l'attore di molte azioni ne esercitava una sola rimettendo ad altro tempo l'esercizio delle altre il convenuto poteva opporre durante la medesima pretura l'*exceptio litis residuae* (4).

Quando nella *condemnatio* indicavasi una somma maggiore della dovuta, questo non nuoceva all'attore, che anzi gli era vantaggioso, giacchè il convenuto per rigore di legge doveva essere condannato anche nel più. Senonchè questi con una *restitutio in integrum* faceva rettificare la formola. Non così quando l'attore aveva fatto inserire nella *condemnatio* troppo poco, sebbene egli fosse un minore; essendo applicabile in questo caso il principio contrario di quello, che valeva per la *intentio*, il soverchio non nuoceva all'attore, ma bene il meno.

Nella *demonstratio* infine il poco ed il molto non avevano alcun effetto: l'errore era rettificato dal giudice senza bisogno della *restitutio in integrum*, e quindi dell'intervento del pretore: *falsa demonstratio non nocet*. Molti giureconsulti opinarono per una eccezione in quelle azioni, nelle quali il condannato addiveniva *infamis*: per esempio, un depositario era citato, perchè l'attore affermava di avere depositate due cose presso lui in vece di una, come lo era veramente: addiverrebbe egli infame sol perchè il giudice lo condanni per una ch' egli sarebbe stato pronto a restituire, se l'attore avesse limitata ad una il suo reclamo? non sarebbe giusto, che il giudice rigettasse l'attore, che tanto sconsideratamente aveva intentata un'azione molto pericolosa per l'altro? L'opinione predominante non ammise una tale eccezione, (almeno per l'*actio depositi in ius concepta*), giacchè il convenuto aveva altri mezzi di

(1) Non s'intende con ciò dire, che tutte le parti la dovessero precedere cumulatamente: e tale è l'opinione anche di Caio, IV. 44. — *item condemnatio sine demonstratione vel intentione vel adiudicatione nullas vires habet*, ma con ciò non è detto che ciascuna di queste parti potesse sola dar forza alla *condemnatio*. Come nel testo la congiunzione così in Caio la disgiunzione non deve essere intesa rigorosamente. Non vi aveva alcuna formola colla semplice *demonstratio* e *condemnatio*, colle sole *adiudicatio* e *condemnatio*, ma sì bene colle sole *intentio* e *condemnatio*.

(2) Caio, IV. 53-60. §. 33. I. *de action.* (4. 6).

(3) Cicerone, *De orat.* I. 37. Avveniva la stessa cosa nel tempo della *legis actiones*.

(4) Caio, IV. 122.

sottrarsi alle conseguenze dannose del giudizio, quando egli era realmente pronto a restituire senza un processo quello, che in verità doveva all'attore. Una diversa regola seguivasi nel caso d' una falsa indicazione del *factum* in una *formula in factum concepta*, giacchè questa nuoceva all'attore, facendo le veci della *intentio*.

Sponsiones (praeiudiciales, poenales).

§. CLXVII.

Le stipulazioni, (negozii giuridici,ch'erano conchiusi per dimanda e risposta, ed in cui una persona obbligavasi verso un'altra con condizione o senza) originavansi comunemente per accordo delle parti, e quando quella che vi si obbligava non adempiva, addivenivano il fondamento d'un'azione, che secondo il suo contenuto era *condictio certi*, *triticaria*, *actio ex stipulatu*: queste erano dette *stipulationes conventionales*. Alcune volte potevano formarsi anche per opera del giudice, *stipulationes iudiciales*, quando egli, per esempio, nelle *arbitrariae formulae* permetteva al convenuto di promettere la restituzione della cosa, e l'assolveva sotto questa condizione. In fine vi erano anche delle *stipulationes praetoriae*, ed erano quelle, che per suo ordine una parte faceva all'altra (1). Noi intendiamo parlare di queste ultime, che secondo il loro obbietto erano differenti (2). Una classe di queste riferivasi alla formazione del processo. Tali stipulazioni erano dette *sponsiones*, perchè contratte colle parole *spondes? spondeo*, e questo avveniva nelle stipulazioni pretorie quando le due parti erano cittadini romani.

Il processo poteva essere introdotto con una *sponsio*, che il pretore ordinava alle parti. Ciò avveniva facendo obbietto della stipulazione il dritto, sul quale litigavasi; ossia il dritto dell'attore, o il fatto sul quale fondavasi, si convertiva in condizione di promessa da parte del convenuto, che obbligavasi a qualche cosa sotto condizione, che il reclamo dell'altro fosse giusto (3). L'attore inoltre reclamando fondava la sua azione su questa *sponsio* colla *condictio*, ed affermava, che il convenuto era debitore per la sua promessa, ossia che la condizione della *sponsio* (il suo dritto) esisteva: in tal modo veniva introdotto il processo: in quanto alla forma il giudice fondava il suo giudizio sulla obbligazione del convenuto per effetto della *sponsio* decidendo, se il convenuto era debitore o pur nò di quello che aveva promesso: in quanto alla materia prendevasi in considerazione la pretensione dell'attore, la quale serviva di fondamento alla *sponsio*, e dalla cui giustizia dipendeva la condanna. È manifesto, che questa forma d'introduzione della lite *sponsio contendere*, assomigliavasi moltissimo all'*actio sacramento* (§. 16), ed anche per altre ragione può attribuirsi ad essa un'epoca molto remota.

Questo scopo della *sponsio* di servire di introduzione al processo, dando a questo la forma d'un contratto, è espresso colle parole: *sponsio praiudicialis*. Se questo era il suo scopo, il convenuto non aveva dunque a pagare realmente la *sponsionis summa*, alla quale era condannato; era una semplice formalità, ma poteva avere ancora lo scopo di punire il soccombente, e perciò anche l'attore prometteva la stessa somma, ed il convenuto aveva contro lui la *restipulatio* (§. 157): in questo caso era detta *sponsio poenalis*.

L'*actio in rem* ci porge un esempio della pura *sponsio praeiudicialis* (4). Questa poteva essere esercitata: 1) mediante una *formula petitoria*, colla *intentio: rem (corporalem* o *incorporalem) actoris esse*, la quale era *arbitraria*, ed in cui il convenuto obbligasi alla *satisdatio iudicatum solvi* (§. 157): 2) *per sponsionem*, in quantochè l'attore provocava il convenuto colla seguente stipulazione: *si homo quo de agitur ex iure quiritium meus est, sestertios* CXXV *nummos dare spondes?* Era data quindi la formola colla *intentio: si paret N. N. A. A. ss.* CXXV *nummos dare oportere*, ed il convenuto obbligasi alla restituzione dei frutti: *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*. Questa forma era modellata perfettamente sulla *legis actio sacramento* (§. 161), avendo imitata da essa anche la somma (5). Il processo prendeva la forma d'un'azione personale a causa della *formula concepta* sul reclamo fondato sulla *sponsio*.

(1) L. 5. *pr. D. de V. O.* (45. 1.).

(2) Dig. XLVI. 5: *de stipulationibus praetoriis*.

(3) Per esempio: *si ex edicto P. Burrieni praetoris bona P. Quintii dies* XXX *possessa non sint* (Cicerone, *pro Quint.* 27) — *si bonorum Turpilliae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dederit* (Cicerone, *Fam.* VII. 21)—*tot nummos dare spondes? spondeo.*

(4) Caio, IV. 91-95.

(5) 125 sesterzi sono eguali a 500 *asses*: *nunc — sestertius quatuor asses valet.*

Una *sponsio poenalis* avveniva per una *certa pecunia credita*, ed inoltre per una *pecunia constituta* (§. 157): l'ultima riguardava un'azione pretoria, che posteriormente fu data come *actio in factum*, ma che forse nei primi tempi fu introdotta nel seguente modo: il pretore obbligava il costituente ad ad una *sponsio*, per effetto della quale poteva essere esercitata la *condictio*, ed esser data la *formula in ius*. La stessa cosa può dirsi delle *sponsiones* negl'interdetti (§. 169).

Non debbonsi confondere colle summentovate le stipulazioni pretorie, che davano ad alcuno un dritto, che dovevasi far valere a suo tempo, ma che non avevano per scopo di dare una forma ad una quistione giuridica, per esempio, la *cautio damni infecti*, *ratam rem haberi*, *iudicatum solvi*. Nondimeno una di queste si assomiglia moltissimo a quelle *sponsiones*, che preparavano il *iudicium*; ed era la *stipulatio ex operis nuntiatione*. Chiunque soffriva un danno da una novella costruzione intimava di soprastare; ma il proprietario di questa poteva ottenere il permesso di continuare colla cauzione delle *restitutio*, quando avesse torto nella quistione sul suo dritto di fabbricare, dovendo colui, che vi si opponeva, cominciare la lite, e pruovare il suo dritto. Anche questa cauzione dava la forma al processo.

Interdicta (1).

§. CLXVIII.

Nell'editto pretorio occorre una doppia espressione per le azioni, ch'erano introdotte dal pretore. L'una si è *iudicium dabo*, o *actionem dabo*; colla quale il pretore annunziava di voler dare una *formula in factum concepta* o pure *fictitia*; l'altra era quella colla quale ordinava: *restituas*, *exhibeas*, *veto*. Un tale ordine era applicato dal pretore nel caso speciale, in cui una parte affermava dell'altra, che avesse operato contro l'editto del pretore: in questa applicazione, che avveniva per il mezzo d'uno scritto breve e simigliante alla formola, un tale ordine era detto *decretum*, quando con esso comandavasi qualche cosa, *interdictum* se consisteva in un divieto. Quest'ultimo nome però fu usato generalmente, e perciò gl'interdetti secondo i tre summentovati ordini, erano distinti in *restitutoria*, *exhibitoria* e *prohibitoria*.

Un'interdetto non importava la decisione d'un litigio, ma serviva piuttosto d'introduzione alla procedura. Aveva perciò l'importanza d'un'azione, ed era compreso nella parola *actio* usata questa nel senso più generale: vi si adoperava ancora l'espressione *formula* (2). La quistione era portata avanti ad un *iudicium* (*iudex* o *recuperatores*), nominato dal pretore. Sicchè la procedura per interdetto apparteneva all'*ordo iudiciorum privatorum* (3); senonchè aveva una introduzione ed una forma speciale di giudizio.

Quella formazione dell'interdetto per mezzo del pretore e la nomina del giudice erano comuni a tutte le procedure per interdetti: in quanto al rimanente era però possibile una procedura differente. Ma anche la formazione avveniva in un doppio modo: e questa differenza dipendeva da una qualità importante di alcuni interdetti. Nel maggior numero il pretore indirizzavasi soltanto ad una delle parti, al convenuto, al quale ordinava o vietava qualche cosa: e questi erano detti *interdicta simplicia*: appartenevano a questa classe tutti i *restitutoria*, ed *exhibitoria*, e molti *prohibitoria*. In alcuni però volgeva le sue parole alle due parti: per esempio, *uti eum fundum de quo agitur possidetis*, *quo minus ita possideatis vim fieri veto*; erano detti perciò *duplicia*, come se fossero stati dati simultaneamente due interdetti, ossia uno per ciascuna delle parti. Ne seguiva che ognuna di queste figurava nello stesso tempo come attore e convenuto (§. 175)

Le parti potevano scegliere fra una doppia procedura negl'interdetti *restitutoria* ed *exhibitoria*. L'una e senza dubbio la più antica era quella *per sponsionem*; secondo la quale l'attore provocava il convenuto ad una *sponsio*, in cui questi prometteva una multa nel caso che avesse operato *contra edictum praetoris*: per esempio, *si fundum unde tu me vi deiecisti*, *contra edictum praetoris non restituisti*, *tot nummos dare spondes* (4); ma per la medesima causa il con-

(1) Caio, IV. 138-170. Huschke, *De causa siliana*, Studi I. 1. Bethmann-Hollweg, *Manuale*, I. §. 37.

(2) Caio, IV. 141. Perciò l'espressione di Aggenus *interdicti formula* deve essere ritenuta come classica e tecnica.

(3) L. 1. §. 2. *D. si ventris nom.* (25. 5): *coget autem eum decedere non praetoria potestate — sed melius et civilius faciet*, *si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit.*

(4) Cicerone, *pro Caec.* 8. 19. 28. 29. 32. Caio, IV. 165. Non chi espelleva, ma chi non restituiva, operava *contra edictum*, giacchè il pretore coll'interdetto *de vi* letteralmente non proibiva l'atto di violenza, ma ordinava la restituzione.

venuto dall' altra parte aveva una *restipulatio*, la cui condizione era il fatto contrario. Da questo momento l' azione fondavasi su queste stipulazioni: ciascuna delle due parti otteneva una formola, colla quale reclamava per la *summa sponsionis* o *restipulationis*. Il giudice nominato per questo caso speciale indagava, se la condizione della *sponsio* o della *restipulatio* esisteva, ossia se si era operato *contra edictum praetoris*, e secondo il risultato delle sue indagini condannava o il convenuto nella somma della *sponsio*, o l'attore a quella della *restipulatio*, assolvendo l' altra parte da questa o da quella. Ma era questa soltanto la pena, che serviva per impedire una lite capricciosa. Bisognava inoltre che all' attore, guadagnando la lite, fosse restituita o esibita la cosa, che formava l' obbietto immediato del suo reclamo. Questo era lo scopo d' una seconda formola, che l' attore aggiungeva alla sua *sponsionis formula*, e che serviva di fondamento ad un *iudicium de re restituenda* o *exhibenda*, colla quale, non eseguendosi la restituzione o la esibizione, il giudice condannava il convenuto nel valore della cosa reclamata. Oltre questa procedura *cum poena* (*cum periculo)* eravane un'altra *sine poena*. Ciascuna delle parti al primo apparire davanti al magistrato poteva chiedere un arbitro, ed escludere in tal modo quella procedura *cum poena:* in tal caso questi dava una *formula arbitraria* (§. 116), colla quale commettevasi al giudice di condannare il convenuto al valore della cosa, se questi *contra edictum* non l' avesse restituita o esibita. Ma se le parti avevano ottenuto l' interdetto ed avevano lasciato il magistrato senz' averlo richiesto d' un arbitro, la procedura doveva essere continuata necessariamente per la via della *sponsio*. Se dunque ciascuna delle parti poteva escludere la procedura *cum poena*, essendo necessario il consenso di entrambe per l' esercizio di questa, può affermarsi, che fin dal tempo della *formula arbitraria* una tale procedura dovette essere usata molto raramente in questi interdetti.

Negl' *interdicta prohibitoria* eravi una sola procedura, quella della *sponsio*. Molti vollero investigare la ragione, perchè la pena era inevitabile in questi. Fa d' uopo avanti tutto ricordare, che la procedura della *sponsio* era in principio la sola per tutti gl' interdetti, e che soltanto in un tempo posteriore fu ammessa una *formula arbitraria* invece delle *sponsiones*. Ma in realtà solamente quella procedura, che importava una pena, si accorda colla natura speciale della procedura degli interdetti: che il pretore dia ad una delle parti un interdetto, ha senso ed importanza, solo quando questo divenga il fondamento d' una *sponsio* e *restipulatio*. Se si fosse incominciato con una formola dell'azione, la *conceptio interdicti* sarebbe stata al tutto oziosa, ossia si avrebbe avuto il cominciamento di quello, a cui mancava la fine. L'introduzione della *formula arbitraria* fu il primo passo per l'annullamento della procedura degl'interdetti. Negl' interdetti proibitorii non volevasi liberare le parti dalla pena, ch'era conseguenza della perdita del processo della *sponsio*. Un' *actio* avrebbe potuto nel caso, che l'obbietto di essa era il divieto d'un fatto, essere diretta ad una pena o alla promessa di questa stessa pena, se il convenuto avesse ripetuto questo medesimo fatto, ed avere quindi il medesimo scopo, che la *sponsio*, senonchè trovavasi poco giusta, stantechè riusciva a solo vantaggio dell' attore, che restando impunito avrebbe potuto nuocere moltissimo al convenuto colla sua azione.

La procedura aveva anche una forma speciale negl' *interdicta duplicia* (*interdictum uti possidetis*, *interdictum utrubi*). Nella quistione sul possesso, nella quale ciascuno dei litiganti affermava di essere possessore, dovevasi parimente decidere, chi di essi si avrebbe avuto il possesso durante il processo. Questo possesso temporaneo (*fructus*, ossia la possibilità di fatto di godere della cosa durante quel tempo) era attribuito a colui, che sottomettevasi ad una pena maggiore nel caso, che l'esito della lite pruovasse d'averlo ritenuto ingiustamente. A questo fine convenivasi una *licitatio*, *fructus licitatio*; quella pena era detta perciò *fructus licitationis summa*. Se il maggiore licitante, che a questo prezzo aveva ottenuto il possesso temporaneo, era soccombente, doveva questa somma alla parte contraria, obbligandovisi fin da questo momento colla *fructuaria stipulatio*, la quale posteriormente serviva di fondamento all' azione, con cui reclamavasi una tale pena (1): se la *stipulatio* era intralasciata, potevasi chiedere la pena col *iudicium fructuarium (* o *secutorium)*. Oltracciò dovevasi restituire la cosa con i frutti raccolti (giacchè la *licitationis summa* era una semplice pena), ed a ciò riferivasi il *iudicium cascellianum* o *secutorium* (differente

(1) Secondo Heffter la *fruct. stipul.* sarebbe stata diretta alla restituzione del possesso; la quale opinione è manifestamente erronea: secondo Zimmern alla restituzione dei frutti; ma anche questa non si accorda coll' ordine nel quale Caio tratta di queste materie.

dal *secutorio* per la *summa licitationis*). Il giudice aveva soltanto a ricercare, chi era realmente possessore nel tempo della *conceptio interdicti* (*nec vi nec clam nec precario ab adversario*). S' egli decideva a favore del maggiore licitante, condannava l'altro alla somma *sponsionis* e *restipulationis*, ed assolveva il primo dall' una e dall' altra. Ma se giudicava contro il maggiore licitante, lo condannava (assolvendo l'altro) alla somma *sponsionis* e *restipulationis*, inoltre alla *summa licitationis*, ed ordinavagli infine di restituire il possesso con i frutti raccolti, condannandolo nel valore, quando non l' avesse fatto.

Ci rimane a risolvere la quistione; con quale proposito fu introdotta la procedura degl' interdetti, ed in che si ripone in generale la loro importanza pratica? Noi distinguiamo presentemente una procedura ordinaria ed un' altra sommaria, nella quale ultima il procedere lento e prudente della prima è sagrificato in alcuni negozii giuridici al bisogno d'uno più spedito provvedimento. Fu fatta la medesima distinzione fra la procedura romana degl' interdetti e quella delle azioni, e fu attribuita alla prima la qualità d' una procedura sommaria. Ma più attentamente considerando sopra una tale quistione, si scorge, che questa opinione manca d' ogni fondamento. La procedura poteva essere sommaria o davanti al pretore o davanti al giudice o nella trasmissione degli atti da quello a questo. Il primo caso non avveniva, ma per contrario, quando ammettevasi la *sponsio*, la procedura non era compita in questo giorno, e le parti dovevano convenire in un giorno seguente: nè ponevasi fine agli atti, come nelle *actiones*, con una formola: su quella seconda congettura non abbiamo alcuna notizia storica, e molto meno ci è fatto conoscere, se corresse un intervallo più breve fra il *ius* ed il *iudicium*. La specialità della procedura degl'interdetti (fatta astrazione dalle aggiunzioni particolari intervenienti negl' *interdicta duplicia*) consisteva nell' interdetto dato dal pretore, e nelle *sponsiones* fatte dalle parti in conseguenza d'un tale interdetto: ciò poteva essere un mezzo d' impedire le liti, ma non importava alcuna abbreviazione del processo. Lo scopo primitivo degl' interdetti si fu, di fornire ad alcuno un mezzo giuridico, di cui mancava per l' esercizio del suo dritto, e non di dare ad alcuno un provvedimento più breve, quando ne aveva già un altro sebbene più lungo. È probabile, che gl' interdetti si originassero in un tempo, in cui il pretore non poteva concedere ancora le *actiones*. Dopo la *lex Aebutia* fu ritenuta la forma giuridica già esistente, senonchè il pretore simultaneamente agl' interdetti dette altresì le *actiones in factum* (ossia permise, che dopo la concessione dell' interdetto si chiedesse una *formula arbitraria*). La nostra quistione sull'importanza della procedura degl' interdetti nel tempo, in cui il pretore poteva dare le *actiones*, si traduce nell' altra: perchè anche nei tempi posteriori la procedura delle azioni non fu usata negl'interdetti proibitorii? (1) A questa quistione abbiamo già risposto precedentemente. La ragione di questo dritto, e l'importanza pratica della procedura degl' interdetti riponevasi solamente nelle *sponsiones*.

Aggiunzioni alle formole a favore del convenuto.

§. CLXIX.

Il contenuto della formola, che fu esposto precedentemente, in quanto che riferiscesi alla *postulatio* dell'attore, poteva essere accresciuto colla difesa del convenuto, la cui ammissione nella formola era richiesta da questo stesso, acciocchè il giudice la prendesse in considerazione (2).

Se la difesa del convenuto consisteva in una semplice negazione, la formola non riceveva alcun' aggiunzione. L' istruzione al giudice di prendere in considerazione un tale diniego era già contenuta nelle espressioni: *si paret*, *condemnato*, *si non paret absolvito*. È perciò che il concetto d' una negazione nel senso della procedura può essere significato nel seguente modo: essa è la difesa del convenuto, che è già contenuta in quella condizione generale d' ogni condanna (3). Ma era pure possibile, che

(1) In un caso, e contro quello, che vietava l' immissione in possesso al *missus in possessionem*, il pretore dava anche un' *actio* per una somma che pareggiava quella, che avrebbe tratto il *missus* dalla *missio*. Dig. XLIII. 4.

(2) Caio, IV. 115-129. 133. *Inst.* IV. 13. *de exceptionibus*, *praescriptionibus et praeiudiciis*. Savigny, *Sistema* ecc. V. §. 225-229.

(3) Valga per esempio la seguente azione: *si paret rem actoris esse*: il convenuto afferma, che l' attore non ne sia il proprietario, o che avesse cessato di esserlo, avendo egli usucapito: *si paret reum centum dare oportere*: il convenuto afferma, ch' egli non fu mai debitore, o che abbia pagato. Contro l' azione, *quod A. A. a N. N. incertum stipulatus est*, *quid ob eam rem N. N. A. A.*

il convenuto avesse una difesa, che lo assicurava dalla condanna, anche quando il *si paret* doveva essere affermato; ed a tal fine fu creduto necessario apporre una seconda condizione alla condanna. In questo caso la formola riceveva un'altra giunta, colla quale facevasi avvertito il giudice, che per condannare non bastava, che l' *intentio* dell'attore, il *si paret*, fosse vera, ma era oltracciò necessario, che l'affermazione del convenuto, colla quale pretendeva di essere assoluto dal reclamo, fosse falsa: per esempio, *si non convenit ne ea pecunia peteretur* (1). Se questo patto *de non petendo* avesse avuta la forza d'un annullamento giuridico della obbligazione, come l' aveva per esempio l'*acceptilatio*, l'aggiunzione sarebbe stata oziosa, il richiamo ad essa una negazione, nè avrebbe formata una seconda condizione della condanna, giacchè la sua verità importava la falsità di tutta la *intentio*. Ma perchè questo (comunemente) non avveniva, e l'*intentio* rimaneva valida anche quando quell' affermazione era trovata vera, era necessaria per dare a questa una realtà, quell' aggiunzione alla formola, la quale formava una seconda condizione della condanna, oltre quella direttamente contenuta nella *intentio*. Da parte del convenuto il fatto affermato da lui importava una eccezione alla condanna, ed era detto perciò *exceptio*: ma perchè la formola era composta in nome dell' attore, quella *exceptio* non era espressa affermativamente, ma negativamente, ossia come condizione, e veniva inserita fra la *intentio* e la *condemnatio*, come per esempio, quando il convenuto affermava, che fra lui e l'attore erasi stabilito, ch' egli avrebbe pagato dopo un periodo di tempo non ancora trascorso: *si paret N. N. A. A. decem dare oportere, si inter A. A. et N. N. non convenit ne intra quinquennium peteretur, iudex N.N. A.A. decem condemnato s. n. p. a.*

Rispettivamente al loro fondamento le eccezioni erano di doppia ragione: o si fondavano sopra una causa permanente; dimodochè potevano essere sempre opposte all' azione, e non era quindi possibile all'attore evitarle in qualunque modo e tempo egli reclamasse. Queste erano dette *exceptiones perpetuae*, ed annullavano per sempre l' azione, essendo denominate perciò anche *peremptoriae*. O pure la loro validità contro l' attore dipendeva da condizioni particolari, ch' esistendo in quel momento potevano mancare posteriormente o dopo un determinato tempo; sicchè era nelle facoltà dell' attore evitarle attendendo il momento, trascorso il quale non erano più fondate, o esercitando l' azione in modo da escludere l' eccezione. Queste erano dette *temporales* o *dilatoriae*: alcune delle quali riferivansi al tempo dell'esercizio dell' azione, come la *exceptio pacti ne intra certum tempus petatur*, *exceptio litis residuae et dividuae* (§. 167), altre alla persona del reclamante, come le *exceptiones cognitoriae* e *procuratoriae* (§. 156.). La differenza fra le eccezioni perentorie e dilatorie non si ripone nella efficacia, che potevano avere sul giudizio del giudice: anche le ultime potevano operare, che il convenuto venisse assoluto nel caso, che fossero trovate giuste, e produrre tutte le altre conseguenze, che seguivano contro l'attore da simiglianti assoluzioni.

La *conceptio* delle eccezioni avveniva o colla indicazione speciale dei fatti, per i quali il convenuto affermavasi libero dall' azione, per esempio del contratto, queste erano dette *exceptiones in factum*, o con quella d'un principio giuridico, al quale opponevasi l'azione, senzachè il fatto fosse espresso particolarmente, per esempio, *si ea re nihil contra legem cinciam factum est*: questa poteva essere altresì *concepta in factum*: *si non donationis causa mancipavit*, o *promisit se daturum* (2). Vi aveva una eccezione, ch'era di grandissima estensione: la *exceptio doli concepta* nel seguente modo: *si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat* (3). Questa aveva una doppia tendenza: o riferivasi ad un dolo, di cui l' attore (o un' altro; purchè il dolo di questo noceva al convenuto), erasi reso colpevole nel negozio, per il quale reclamava (vi accennava la prima parte della *conceptio*, e sotto questo rispetto l' eccezione era *in factum*), o ad un dolo presente, in cui l'attore incorrere

dare facere oportet, il convenuto afferma, che nessuna *stipulatio* era avvenuta (nessuna o una ch'era nulla), o che il debito era estinto per pagamento o *acceptilatio*. Tutte queste affermazioni del convenuto sono delle negazioni, giacchè essendo trovate vere, era necessario dire, *res actoris non est, non paret reum centum dare oportere*, *nihil eum dare facere oportet*. l' *intentio* riusciva falsa, e la condizione ch'era necessaria perchè il giudice condannasse, non era esistente.

(1) Ulpiano, L. 2. *pr. D. de except.* (44. 1.) *exceptio dicta est quasi quaedam exclusio quae apponi actioni cuiusque rei* (probabilmente: *interponi formulae*) *solet ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est — intentione per exceptionem elisa.*

(2) *Fragm. vat.* 310.

(3) Caio, IV. 119.

reva col solo fatto di reclamare ingiustamente, vi si (riferiva la seconda parte (1)). È perciò che ogni *exceptio in factum* poteva essere *concepta* come *doli exceptio* (2), ed il convenuto aveva la scelta, s'egli dovesse giovarsi di questa eccezione, o particolarmente indicare il fatto, che voleva far valere contro l'azione (3). Un'altra differenza proveniva dal fatto, se nella *exceptio* la persona del reclamante era nominata o taciuta; per esempio: *si in ea re nihil metus causa factum est*: in questo caso l' *exceptio* era detta in *rem*, e per i suoi effetti non importava, chi fosse l'autore del fatto, che serviva ad essa di fondamento. In generale le eccezioni non sono *in rem*, ma con ciò non è detto, che il fatto dovesse provenire direttamente dall'attore: senonchè vi doveva essere una connessione giuridica fra lui e colui che ne era l'autore, per effetto della quale la *exceptio* diveniva applicabile anche alla sua persona (4). Per contrario è una rara eccezione, che la *exceptio* fosse *personae cohaerens*, ossia limitata ad una sola persona, e non applicabile ai successori di questa; il maggior numero delle eccezioni sono *rei cohaerentes*, ossia *in rem* relativamente al convenuto (5).

La *exceptio* era una parte della formola, che serviva di difesa al convenuto: è questo il suo lato di procedura, del quale abbiamo fatto parola finora. Noi abbiamo osservato, che non ogni mezzo di difesa era occasione d'una *exceptio*, avendo già indicato di quale specie dovesse essere la difesa per prendere la forma d'una eccezione. La sostanza per contrario della *exceptio* consisteva in un fatto, che il convenuto poteva opporre all'attore, fatto però, che non annullava il dritto che questi faceva valere contro quello, e col quale non intendevasi dimostrare che il dritto non fosse esistito mai, o che almeno ora non fosse esistente. La forza dell'eccezione limitavasi a togliere al dritto la sua validità o per sempre (nell'eccezioni perentorie) o per il presente (nelle dilatorie). Per esempio, quando la *stipulatio*, per mezzo della quale alcuno faceva valere i suoi dritti, era avvenuta con un demente, un tal fatto dava al convenuto una eccezione, che toglieva ogni effetto alla *stipulatio*. Se per contrario il creditore aveva usata una frode nella *stipulatio*, quella non operava la nullità di questa se non per il mezzo della *exceptio*. Tutto questo può essere espresso nel seguente modo: gli effetti del dritto dell'attore erano distrutti da un dritto opposto del convenuto (6). Sorge qui la quistione storica: donde un fatto riceveva la forza di assicurare in tal modo il convenuto dal reclamo dell'attore? La risposta si è: tutte le fonti giuridiche capaci di creare dei dritti, davano anche quello della *exceptio* (7). Il caso più frequente era per antico dritto quello, in cui il pretore veniva in soccorso d'un convenuto per motivi di equità contro pretensioni, ch'erano valide per dritto civile: un tale soccorso poteva essere attuato soltanto per il mezzo d'una *exceptio*, giacchè il pretore non aveva la facoltà di dichiarare come inesistente un dritto, che realmente esisteva per dritto civile, ossia non poteva fare che la *intentio*, che vi era diretta, dovesse essere dichiarata falsa dal giudice. Ma il pretore veniva alcune volte in soccorso del convenuto anche contro i reclami, che fondavansi solamente sui suoi propri ordini: nei quali casi non era limitato come per le eccezioni: e questo stesso avveniva parimente per i mezzi di difesa del convenuto, che gli derivavano dalle determinazioni popolari, dai senatoconsulti ec., sicchè a formolare come *exceptio* un fatto che opponevasi al reclamo dell'attore, eravi sovente una ragione intima ed indipendente dalla possibilità di dare ad essa una validità diretta.

(1) *L.* 2. §. 5. *D. de doli exc.* (44. 4.): *nam et si inter initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi sit talis ignorantia in eo, ut dolo careat.*

(2) *L.* 2. §. 5. *cit*: *Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit quicunque id quod quaqua exceptione elidi potest, petit.* Seguono le parole della nota precedente.

(3) Solo quando l'attore era una persona, che dovevasi rispettare, (*parens patronus*), il convenuto non poteva chiedere la *conceptio* per dolo.

(4) Ordinariamente questa connessione giuridica consisteva nella qualità di successore: nella *doli exceptio* era limitato alla *successio ex causa lucrativa*: per esempio il *dolus auctoris* nuoceva al donatario e non al compratore. La *exceptio in rem* non supponeva una tale attinenza di successione: potevasi esercitare la *exceptio metus* contro la *vindicatio* di colui, che in nessun modo era congiunto con quello, ch'era stato l'autore del furto della cosa.

(5) *Ex persona eius, qui exceptionem obiicit in rem opponitur exceptio: neque enim quaeritur adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris.*

(6) Savigny, *Sistema* v. p. 152.

(7) Caio, IV. 118: — *quae omnes vel ex legibus, vel ex his quae legis vicem obtinent, substantiam capiunt, vel ex iurisdictione praetoris proditae sunt.*

Noi ritorniamo a trattare della *exceptio*, sotto il lato della procedura, ossia come parte della formola: e ci facciamo a considerare l'estensione della sua applicabilità. Dalle precedenti investigazioni segue, che una *exceptio* era necessaria per il convenuto solo quando l'obbiezione ch'egli faceva all'azione non era in opposizione colla *intentio*, ossia quando l'una e l'altra, l'obbiezione e l'*intentio*, potevano coesistere insieme. La necessità e l'uso della eccezione divenivano quindi più o meno necessarii secondo la qualità della *intentio*. Più la *intentio* era precisa e speciale, meno possibilità eravi per il convenuto di potersi difendere, più sovente il mezzo di sottrarsi al reclamo dell'attore doveva essere esterno alla stessa azione: e perciò vi abbisognava una giunta particolare, una *exceptio* nella formola, perchè un tal mezzo potesse valere.

Nei giudizi *bonae fidei* l'*intentio* aveva per obbietto quello, di cui il convenuto era debitore *ex fide bona*: ogni opposizione dunque colla quale il convenuto intendesse a dimostrare, che l'attore abbia operato *contra bonam fidem*, o che operi ora *dolose*, dovrebbe essere considerata in quanto alla procedura come una negazione, non abbisognandovi quindi alcuna speciale *exceptio*: bastava la condizione generale d'ogni condanna, che si riponeva nella *intentio*, perchè il giudice non avesse potuto condannare il convenuto, in quanto il reclamo fatto dall'attore non era conforme alla *bona fides*. Sicchè ogni opposizione, che poteva essere formolata come *doli exceptio* era già compresa nella stessa *intentio doli exceptio bonae fidei iudiciis inest*. Con ciò veniva a mancare per i *iudicia bonae fidei* un gran numero di eccezioni: ma non mancavano però di quelle, che anche in questo caso dovevano essere comprese nella formola, quando il convenuto chiedeva di farle valere davanti al giudice. Quest'erano tutte quelle, (delle quali non potevasi dire che si fondassero sulla *aequitas* e sulla *bona fides*), come le *exceptiones procuratoriae* e *cognitoriae*, *rei iudicatae*, *S. C. Velleiani* (quando per esempio una donna erasi obbligata come garante per mandato), ed in generale quando il debitore ne era liberato *ope exceptionis* da una regola positiva, che non poteva essere dedotta dalla natùra dello stesso rapporto di debito, o dalla mutua equità ed onestà, che intendevansi far valere.

Le *arbitrariae formulae* contenevano due condizioni della condanna: 1) la *intentio*, per esempio, *si paret rem actoris esse*: 2) l'*arbitrium*, per esempio, *neque arbitratu iudicis restituetur*: Secondo la prima il giudice doveva condannare, quando (per esempio) la cosa era proprietà dell'attore: ma il convenuto era sicuro da un tale reclamo, affermando, che l'attore non fu mai, o che non sia presentemente proprietario (supposta sempre la verità d'una tale affermazione), ma non quando poteva addurre un semplice fatto, che rendeva una tale proprietà nulla verso lui, per esempio, che l'attore gli abbia venduto o consegnato lo schiavo (*exceptio rei venditae traditae*); perchè una tale eccezione avesse potuto valere relativamente alla *intentio*, era necessario inserirla come *exceptio* nella formola. Per la seconda condizione il giudice doveva condannare quando il convenuto conformemente al suo *arbitrium* non restituiva (o esibiva): ma se il convenuto aveva una ragione da opporre all'obbligo della restituzione, per esempio, che la cosa fosse perita senza sua colpa, o che per contratto di affitto o di pegno avesse il dritto di possederla, non vi abbisognava per questa sua difesa una speciale aggiunzione alla formola: era compresa già nell'*arbitratu iudicis*. Questo non è applicabile all'eccezioni contrò la *intentio*: è perciò che le *arbitrariae actiones* non pareggiavano interamente sotto questo rispetto le *bonae fidei actiones*.

Per le *actiones in factum* dipendeva dalla *conceptio* della *designatio*, che in queste teneva luogo della *intentio*, in quali casi fossero necessarie le *exceptiones* nella formola. L'affermazione, che sotto questo rispetto quelle azioni erano considerate come *bonae fidei actiones*, a mio credere non può essere dimostrata.

Certo anche senzachè la formola fosse *concepta* sulla *bona fide*, poteva essere oziosa l'aggiunzione d'una *exceptio*. Questo era il caso, in cui il reclamo fondavasi sopra una ragione puramente naturale (come per esempio, *in quantum completior est*), ed in generale quando lo era sulla equità, che fece abilità al pretore di dare un'azione a questo fine: in simigliante caso ogni fatto, che la facesse apparire come ingiusta, annullava la *intentio*, senza che perciò fosse necessario una speciale *exceptio* (1).

Posteriormente le eccezioni furon molto

(1) Questo è il senso della L. 36. §. 4. *D. de solut.* (46. 3.): *Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iureiurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur, ideoque fideiussor quem*

favorite non colla estensione della possibilità di accoglierle indistintamente nella formola per essere presentate al giudice, giacchè sotto un tale rispetto continuarono a valere gli esposti principii, ma per l'ammissione generale della *in integrum restitutio* nei casi, nei quali il convenuto ebbe in non cale di fare inserire nella formola una eccezione perentoria: ma per le dilatorie un tale provvedimento era ammesso soltanto nella esistenza delle altre condizioni della restituzione (1).

L'*exceptio* era una opposizione al reclamo dell'attore, la quale rendeva necessaria una risposta da parte di questo. Una tale risposta poteva essere una negazione del fatto affermato dall'*excepiens* (per esempio del *pactum*, del *dolus*): in questo caso non vi abbisognava alcun'altra aggiunzione nella formola: ma questa riusciva indispensabile, quando l'attore opponeva un'altro fatto, che togl eva ogni forza alla eccezione (sebbene *non ipso iure*) per esempio, contro la *exceptio pacti de non petendo* si affermava, che posteriormente fosse stato conchiuso un *pactum de petendo* (2). Questa ripetuta eccezione era detta *replicatio*: veniva inserita nella formola come una condizione della condanna, che annullava l'altra condizione contenuta nella prima *exceptio*: sicchè come questa era *concepta* negativamente, la *replicatio* lo era positivamente essendo aggiunta alla condizione contenuta nella *exceptio*, per esempio, *si inter A. A. et N. N. non convenit ne ea pecunia peteretur* (eccezione), *aut si postea convenit, ut cum pecuniam petere liceret* (replica) (3). Questa era al tutto simigliante alla eccezione, e perciò era pure detta *exceptio*, essendo una *exceptio exceptionis:* donde segue altresì, che supponeva sempre una eccezione del convenuto, non essendo possibile contro una semplice negazione.

L'uso delle repliche dipendeva oltracciò dal modo, onde l'*exceptio* era formolata, essendo sovente oziose, quando questa non era *concepta in factum*. Così nel modo, ond'era espressa la *doli exceptio: si in ea re nihil dolo malo actoris fiat*, vi si conteneva l'istruzione di prendere in considerazione ogni difesa dell'attore, la quale tendeva a pruovare, ch'egli non reclamava *ex dolo*, per esempio, che il *pactum*, che aveva data la occasione alla *exceptio doli*, era stato annullato da una secondo *pactum;* valeva quì per le repliche contro la *doli exceptio* quello stesso, che per la *exceptio doli* contro le *bonae fidei actiones*.

Contro la *replicatio* ammettevasi nello stesso modo una *duplicatio* da parte del convenuto, e contro questa una *triplicatio* ec.

Eccezioni: praescriptio.

§. CLXX.

Nei più antichi tempi molte eccezioni ebbero una forma speciale, giacchè non essendo inserite nella formola nel modo sopra descritto, erano collocate avanti questa, e prendevano perciò il nome di *praescriptiones* (*pro reo* in opposizione di quelle *pro actore*): per esempio, *ea res agatur si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat*. Questa forma era molto opportuna, quando l'eccezione era diretta a dimostrare la erroneità della lite; giacchè il posto, ch'essa occupava, faceva avvertito il giudice di giudicare avanti tutto sulla verità della eccezione, e di passare alla considerazione del resto della formola solo quando non la trovava ben fondata. Se tale era trovata, il convenuto non veniva però assoluto, ma non era pronunziata alcuna sentenza: valeva ad impedire la *deductio* della lite *in iudicium*, ed in ciò consisteva l'importante differenza fra queste prescrizioni e le eccezioni, fossero pure le dilatorie.

Di tal natura erano particolarmente quell'eccezioni, ch'erano comprese nel concetto dei *preiudicia*, le quali importavano la sospensione della lite cominciata, finchè un'altra che poteva conferire su questa, non fosse stata trattata e decisa. Ciò suppone, che nei due processi si quistionasse sul medesimo fatto, e che l'una fosse la *causa maior* (4). Una tale qualità di *causa maior* era possibile): 1) per la superiorità del tribunale che aveva a deciderla (5): 2) per la maggiore importanza del suo obbietto, sia per il suo

pupillus dedit (il pupillo rispondeva *in quantum locupletior est*) *ex istis causis liberari dicitur*.

(1) Caio, IV. 125. Per l'eccezioni perentorie l'editto pretorio dichiarava generalmente l'ammissibilità della restituzione.

(2) L. 27. §. 2. *D. de pact.* (2. 14): *Pactus ne peteret, postea convenit, ut peteret: prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est* (nella novazione), *quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur.*

(3) Caio, IV. 126.

(4) L. 54. *D. de iudic.* (5. 1.).

(5) Così una lite avanti al tribunale centumvirale era *causa maior* relativamente alle azioni davanti ai giudici privati: il giu-

valore, o per la sua qualità (1): ed anche: 3) per il modo, onde la quistione era trattata nei due processi, giacchè essendo l'una trattata come un semplice incidente, era *causa minor*, a cui doveva precedere il *praeiudicium* (2). La *praescriptio* importava in questi casi l'istruzione al giudice di considerare la formola come non data, primachè non fosse stato rimosso l'ostacolo, la cui esistenza era stata riconosciuta dal pretore colla concessione della *praescriptio*.

Un'altro caso della *praescriptio* era l'incompetenza del tribunale, e che perciò era detta *praescriptio fori* (3): una terza si era l'eccezione, che l'azione era prescritta, *praescriptio temporis*; anche per la *exceptio rei iudicatae* il nome *praescriptio*, ch'era usato per essa sembra indicare la medesima cosa, stantechè anche qui trattavasi d'un fatto, la cui verità escludeva qualunque atto posteriore, e nel fatto rendeva ozioso l'esercizio della novella azione; essendo questo appunto l'effetto della *praescriptio*, di rendere cioè dipendente dalla eccezione la validità del resto della formola.

La *praescriptio* è indicata fin dal tempo di Caio come una istituzione anticata: egli osserva, che queste opposizioni erano considerate in quel tempo come *exceptiones:* la stessa osservazione leggesi in Cicerone, *De inv.* II. 20. Questo cambiamento fu considerato come puramente esterno, opinandosi che in nessun modo avesse contribuito sulla loro natura giuridica, quasichè i pretori dei primi tempi avessero arbitrariamente fatto precedere alcune eccezioni, cui i posteriori crederono piuttosto dovere inserire nella formola, collocando in tal modo in un sol luogo tutte le eccezioni, senzachè l'uno o l'altro metodo le avesse in qualunque guisa modificate. Io trovo erronea una tale opinione: giacchè nella realtà quel cambiamento ebbe una importanza sostanziale, la quale consistette in ciò, che ora le *praescriptiones* oltre la forma ricevettero anche la forza e gli effetti delle *exceptiones*. Sicchè quando l'attore, al quale facevasi una tale opposizione, non desisteva ed instava perchè si componesse la formola, la quistione era portata *in iudicium*, ed il convenuto, trovatasi vera la eccezione, veniva assoluto. Fu questa altresì indubitatamente la ragione, per la quale furono abolite le prescrizioni, in cui l'attore per la sua ostinatezza nulla rischiava. Per contrario i *praeiudicia* nei quali maggiormente manifestavasi questa differenza di effetti fra le prescrizioni e le eccezioni, vennero limitati al caso, in cui il *iudicum*, al quale si rimandava, non era ancora deciso, giacchè in questo caso non potevasi opporre l'eccezione della *minor causa*. Del resto il nome *praescriptiones* fu ritenuto parzialmente per alcune delle precedenti eccezioni, ed in ispecie fu applicato a quelle, che avrebbero potuto cagionare una decisione sull'azione cominciata senza prendere in considerazione l'essenza e la verità intima di questa.

Litis contestatio.

§. CLXXI.

La procedura *in iure* può essere considerata soltanto come una preparazione per i momenti veri ed essenziali della quistione giuridica, ossia per l'investigazione ed il giudizio. La lite giudiziaria, *lis*, non è compita con quella procedura nè in tutto nè in parte, che anzi questa vale soltanto a dare a quella una esistenza esterna ed una forma giuridica alla lite esistente fino allora solamente di fatto.

Il risultato dell'attività del magistrato era espresso perciò colle parole: *lis ordinata, iudicium ordinatum*: nella procedura delle formole era detto del magistrato, *dat iudicium*; delle parti, *iudicium accipiunt*: la conchiusione degli atti *in iure* era indicata colla espressione, *lis inchoata est*, e della cosa istessa litigiosa era detto: *res in iudicium deducta est*.

Cade però in acconcio trattare degli effetti di questi atti preliminari, che davano un ordinamento giuridico alla quistione (4). Ne era

dizio popolare era superiore a quello dei *recuperatores:* la *cognitio principis* era il *maius iudicium* rispettivamente al senato.

(1) Per esempio, la quistione nella quale trattavasi d'un interesse pubblico (dei beni dello stato, d'una pena criminale ecc.) era *causa maior* in opposizione d'un semplice interesse privato.

(2) Così la *condictio* esercitata da colui che dicevasi proprietario d'un terreno per i frutti raccolti dal possessore, e l'azione per una servitù relativamente alla lite sulla proprietà di esso terreno: quindi l'azione per la divisione della cosa, che pretendevasi comune, e per la eredità rispettivamente alla lite sulla proprietà o sul dritto ereditario. Per la medesima cagione la lite sulla libertà, sulla ingenuità e sulla filiazione era *res maior* relativamente a quella sulla eredità e simiglianti quistioni dipendenti dallo *status* della persona.

(3) L. 52. §. 3. *D. de iudic.* (5. 1.).

(4) Keller, *Sulla litiscontestatio e sul giu-*

naturale conseguenza, che le parti facessero dipendere la validità dei loro reclami, in quanto erano stati dedotti *in iudicium*, dal risultato degli atti giudiziarii: all' antico rapporto sul quale cade la quistione, è sostituito il rapporto di procedura, e tutto quello che ne era necessaria conseguenza; donde seguiva, che la *lis inchoata* aveva i seguenti effetti:

1) Estinzione del dritto di reclamare: la medesima azione non poteva essere più esercitata, essendo divenuta dipendente da questo processo. Ciò avveniva *ipso iure* nelle *legis actiones* (1), ed anche nella procedura delle formole in un *legitimum iudicium* (§. 159) *in personam* con una *formula in ius concepta*: in tutti gli altri casi e particolarmente in tutte le *actiones in rem* ed *in factum* il convenuto aveva contro l'attore, che avesse voluto ripetere la medesima azione, la *exceptio rei in iudicium deductae*, ed in luogo di questa, quando era già seguito il giudizio, la *exceptio rei iudicatae* (§. 175). È un'altra quistione, se non fosse possibile all' attore di abbandonare l'azione dopo la *lis ordinata* senza perdere la possibilità d' un futuro esercizio di essa, o di evitare simiglianti effetti della *consumatio litis* in tutt' altro modo. Ciò era possibile per il mezzo della *in integrum restitutio*, colla quale era annullato l' esercizio dell'azione, e l' attore era restituito nella condizione, in cui si sarebbe trovato, se la cosa non fosse stata *in iudicium deducta*. Nei casi, in cui chiedevasi l' estinzione del dritto di reclamare colla *exceptio rei in iudicium*, l' attore poteva in alcune condizioni difendersi dai suoi effetti con una *replica doli* (2).

2) Contraevasi inoltre la obbligazione di adempire quello, che sarà giudicato sul rapporto giuridico in quistione, sia che il giudizio finisse colla condanna o coll' assoluzione del convenuto. Un tale rapporto giuridico in quistione era deffinito o con una sentenza di condanna a favore dell' attore, o di assoluzione a favore del convenuto. La sentenza di condanna dipendeva naturalmente dalla condizione, *si paret* ec. alla quale era aggiunta nella formola l'istruzione al giudice di condannare. Quando questa condizione (*si paret N. N. A. A. dare*, o *dare facere oportere*, — *si paret rem A. A. esse*) era presa letteralmente, doveva essere intesa del tempo presente, ossia per quello della *lis ordinata*; sicchè trattavasi soltanto di osservare, se la *intentio* in questo tempo era fondata o pur nò, stantechè un cambiamento posteriore (per esempio, la perdita della proprietà *post iudicium acceptum*) non conferiva sulla decisione. Quando perciò il convenuto pagava dopo il *iudicium acceptum* non liberavasi con ciò dalla condanna: l' obbligazione soddisfatta da lui era l' antica, ch' era stata già annullata col *iudicium ordinatum* (poteva quindi chiedere la restituzione della somma come data senza *causa*), e non l' obbligazione del *condemnari oportere*, la quale era fondata sul fatto, ch'essendo egli in quel tempo ancora debitore, doveva essere condannato non ostante il pagamento. Avveniva diversamente nei *bonae fidei iudicia*, stantechè in questi l' *officium iudicis* non essendo vincolato dalla interpetrazione letterale della *intentio*, egli doveva condannare, solo quando il suo giudizio era conforme alla *bona fides*, e ciò non era, quando l'attore trovavasi soddisfatto prima della sentenza: la stessa cosa può dirsi delle *arbitrariae actiones*, giacchè per queste la condizione della condanna si era, che il convenuto non avesse pagato prima della sentenza, *arbitrio iudicis*: ma se vi adempiva, doveva esserne assoluto (§. 166). Ma di ciò fu quistione fra le scuole: i Sabiniani affermavano la necessità dell' assoluzione in tutti i processi, *omnia iudicia esse absolutoria*. I Proculiani opinavano per la esposta regola ammettendo le summentovate eccezioni risultanti dalla natura stessa delle cose (3). Quello che abbiam detto del pagamento *post iudicium acceptum*, valeva con più ragione di una liberazione del debito avvenuta posteriormente *ope exceptionis*, per esempio per convenzione, *post iudicium acceptum*, e della quale il giudice in uno *strictum iudicium* non poteva tenere alcun conto, non essendo contenuta nella formola.

La formola conferiva anche sull' obbietto della obbligazione, che contraevasi colla *ordinatio litis*, dipendendo dalla sua qualità se i fatti avvenuti dopo quel tempo dovessero produrre alcun effetto sull' obbietto della condanna e sulla sua estensione. Se

dizio secondo il dritto romano classico 1827. Savigny, *Sistema* VI.

(1) Caio, IV. 108: *qua de re semel actum erat, de ea postea ipso iure agi non poterat.*

(2) Per esempio, quando l'attore per accordo col convenuto aveva desistito, ed in conseguenza di ciò o per altri ritrovati di lui era avvenuta la prescrizione della lite.

(3) È noto, che Giustiniano ritenne la opinione dei Sabiniani.

la formola conteneva una *condemnatio certae pecuniae*, una tale quistione era impossibile. Oltracciò era divenuto generalmente valido il principio, che l'attore doveva ricevere tutto quello, che avrebbe avuto, se fosse stato soddisfatto nel tempo della *lis ordinata*, sicchè l'estimazione fatta dal giudice della somma della condanna poteva cambiare secondo i fatti posteriormente avvenuti, potendo, per esempio, crescere in considerazione dei frutti, che l'attore avrebbe raccolti da questo tempo. Una tale considerazione fu ammessa senza difficoltà nei *bonae fidei iudicia* e negli *arbitraria*, ma venne applicata anche agli *stricta* (1).

In fine erano indicate nella formola (particolarmente nella *condemnatio*), anche le persone fra le quali esisteva l'obbligazione proveniente dal *iudicium*. Un cambiamento di queste era possibile soltanto per opera del pretore, che modificava la formola sotto questo rispetto: il che era detto *translatio iudicii*. Ciò avveniva, quando il *dominus post acceptum iudicium* voleva farsi rappresentare, o invece dell'antico scegliere un novello rappresentante, o stare personalmente in giudizio. Nel caso, in cui eravi un rappresentante, la formola era *concepta* in modo (§. 166), che questi era nominato nella *condemnatio*: sicchè quel cambiamento rendeva necessario un cambiamento della formola, ch'era possibile solamente per mezzo del pretore, e che questi eseguiva soltanto dopo una *causae cognitio*, ossia *ex iusta causa*. Questa *translatio* avveniva anche per gli eredi delle parti, per quelli del convenuto sulle istanze dell'attore, ed in altri casi.

I principii finora esposti sono stati riportati da noi come altrettanti effetti del *iudicium ordinatum* o *acceptum*, ossia della *lis inchoata*. Ma appunto per questa conseguenza è importante determinare esattamente, quando la *lis* potevasi dire *inchoata*, giacchè un tale cominciamento della lite consisteva d'un complesso di atti, che possibilmente non seguivano tutti in un medesimo giorno. Il momento, in cui succedono questi effetti, può essere fissato in generale nel seguente modo; lo scopo della procedura *in iure* si era la *ordinatio iudicii*, sicchè questi effetti seguiranno, quando la procedura *in iure* sarà terminata. I Romani usavano per indicare questo momento, in cui avvenivano e dal quale cominciavano quegli effetti, l'espressione *litis contestatio*: l'altra *post litem contestatam* significava la medesima cosa che le parole: *post iudicium ordinatum*, *acceptum*, *litem inchoatam*. È manifesto, che un atto speciale dovette essere indicato con quella espressione, almeno nei primi tempi. Di qual natura era questo atto?

Due descrizioni ce ne occorrono nelle fonti: ma entrambe sono troppo poco compite, perchè da esse si potesse conoscere la qualità d'un tale atto: l'una che forma parte del dritto giustinianeo, e che senza dubbio deve essere interpolata, non descrive l'atto istesso, ma vi si ritiene, che quest'atto speciale non sia più usato, e statuisce, quando la *litis contestatio* debba essere considerata come avvenuta (2): l'altra contiene poco più di quello, che si comprende dalla parola e della teorica della istituzione (3). È certo, che un tale atto consisteva in un appello fatto ai testimoni da entrambe le parti (da ciò *contestari*); è probabile che avvenisse prima del giudizio, ma quistionasi, se seguisse *in iure* o in *iudicio* (4). Se la procedura *in iudicio* fosse cominciata colla *litis contestatio*, questa sarebbe stata identica colla *causae coniectio*, della quale parla Caio (§. IV. 15), ma da questo stesso brano chiaramente si comprende, che questa era ben altra cosa, e non consisteva in un appello fatto ai testimoni (5), e

(1) Il valore dell'obbietto, che il giudice doveva estimare doveva essere fissato secondo i principii generali nel tempo della *litis contestatio*, *quanti res est*, ossia nel tempo in cui ciò è detto: questo avveniva negli *stricta iudicia*. Nelle *arbitrariae actiones* seguivasi una regola diversa: l'estimo del valore era rimesso ad un tempo a venire: dipendendo dal fatto, che la cosa istessa non venisse restituita *arbitratu iudicis*: perciò usavasi l'espressione: *quanti res erit*. Anche nei *bonae fidei iudicia* ponevasi mente al *tempus rei iudicandae*: la stessa cosa valeva per le *in factum actiones*.

(2) Sever. ed Anton. L. *un*. C. *de litiscontest*. (3. 3.): *Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, quum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit.*

(3) Paolo Diac. *ex Festo: Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote.*

(4) Questa quistione è stata risoluta nella sua verità, e compiutamente pruovata da Keller, *Liliscont*. §. 3—5.

(5) È detto anche in Gellio, V. 10: —*petere instituit ex pacto mercedem, litem cum Euathlo contestatur et quum ad iudices conii-*

l'altra opinione si fonda nondimeno soltanto sulle parole riportata nel brano della nota indicata col numero 1, che probabilmente deve essere interpolato appunto nelle parole, che vi si riferiscono, e che, quando ciò non fosse, conterrebbe il contrario, giacchè pone la *litis contestatio* come già avvenuta nel momento, in cui cominciava il *iudicium.*

Due diverse opinioni furono proposte sulla storia della *litis contestatio.* Secondo l'una (1), questo atto solenne sarebbe stato introdotto primitivamente colla procedura della *legis actio*, e principalmente si avrebbe avuto lo scopo di accertare gli atti *in iure* ch'erano puramente verbali, e di conservarne per il giudice col mezzo dei testimoni la possibilità d'una conoscenza legale. Donde segue, che dovè divenire oziosa nella procedura delle formole, sebbene sulle prime fosse stata adoperata anche per questa, e soltanto nei tempi posteriori venne fuori uso, indicando da questo tempo una tale espressione più che un atto speciale, il momento della fine della procedura *in iure*, ossia il compimento di questa procedura da parte dei litiganti. Secondo l'altra opinione (2), la *litis contestatio* non formò un atto speciale durante il tempo delle *legis actiones*, che anzi potrebbesi dire, che queste stesse erano una *litis contestatio*: che come atto speciale fu introdotta colla procedura delle formole, per dare agli atti di questa ed ai suoi effetti una solennità, che per se stessa non aveva: sicchè con ciò la *legis actio* passò nella procedura delle formole, senonchè ebbe la limitazione di essere un atto di conchiusione della procedura. A me sembra che sia vero quanto segue. La *litis contestatio* non serviva a conservare la conoscenza per il giudice di quello, ch'erasi trattato *in iure*: in ciò si ripone l'errore della prima opinione, ma era una pura solennità, che doveva significare la fine della procedura *in iure*, ed il cominciamento della vera lite, e segnare il momento dal quale cominceranno i suoi effetti. Questa novella ed importante direzione della lite non doveva passare in silenzio, ma era necessario significarlo con un atto solenne. Questo era in generale conforme all'antica coscienza giuridica; ma aveva oltracciò l'indicato ed importante vantaggio di accertare in un modo indubitato il punto di cominciamento di quegli effetti. Con ciò pure manca ogni ragione di negare questa solennità per il tempo della procedura delle *legis actiones*, o di negare dall'altra parte la trasmissione di essa alla procedura delle formole. Questo però non esclude, che non avesse per quest'ultima qualche cosa di estraneo, non avendo potuto un tale uso originarsi per essa, stantechè non è probabile, che una procedura spoglia d'ogni solennità avesse dovuto essere accompagnata da parole solenni, e dall'appello ai testimoni. Non debbonsi dunque fare le meraviglie, se questa *antiquitas* venne in disuso nel terzo periodo, e se colla conservazione della espressione *litis contestatio* per indicare la fonte di quegli effetti, non s'intese più un atto speciale, ma tutta la procedura *in iure* (3).

Crediamo utile prendere in esame un'altra speciale opinione sul significato della *litis contestatio*, giacchè noi riconosciamo ad essa una maggiore importanza, che a quelle sopra esposte, potendo occasionare più errori di queste.

Dal già detto si deduce, che la *litis contestatio* non era essa stessa la fonte degli effetti da noi esposti, ma serviva solo a significarli, avendo piuttosto un carattere simbolico. Molti dotti per contrario andarono in diversa opinione, avendo considerati quegli effetti come provenienti dalla *litis contestatio*, ossia considerarono un tale atto come la vera fonte di questi. Dalla quale opinione furono indotti a riguardare la *litis contestatio* come un contratto, da cui le parti deducevano quelle conseguenze, obbligandovisi a rendere dipendenti le loro pretensioni dal successo della lite, a sottomettersi alla futura decisione, ed a soddisfare a qualunque altro debito (4). Se io non vado errato, questa opinione è esclusa dalla osservazione, che gli effetti, ch'essa vuole dedurre da un contratto, risultano necessariamente dalla natura dello stesso proces-

ciendae consistendaeque causae gratia venissent.

(1) Keller, *cod.* §. 1.

(2) Heffter, *Istit. della proced. rom.* (1825) p. 281, e segu. Belmann-Hollweg, *Giorn. crit.* V. p. 76.

(3) Con ciò si accorda, che le parole *litem contestari* erano dette particolarmente dall'attore, (come l'altre *iudicium recipere* dal convenuto), giacchè l'attore era quegli, sulle cui affermazioni erano fondate le parti più essenziali della procedura *in iure*, e particolarmente della formola.

(4) M. S. Mayer, *La litis contestatio trattata storicamente* 1830. Rudorff. *Giorn. per la scienza storica del dritto* VII. 7. Contro questi trattati è scritta la dissertazione di Danz, *De litis cont. quae fuit tempore legis actionum* 1831.

so, senzachè ci abbisognasse un' altra spiegazione anche per la forma speciale, che si ebbero nella procedura romana. Questa loro derivazione dalla natura istessa del processo non vieta di considerare la *litis contestatio* come un fatto obbligatorio, come un quasi-contratto, al quale quelle conseguenze si connettavano esternamente, ma esclude assolutamente, che si potesse concepire la *litis contestatio* come un contratto, da cui quegli effetti assolutamente dipenderebbero. Si potrebbe osservare a sostegno di quella erronea opinione, che il contratto della *litis contestatio* dovrebb' essere considerato soltanto come un afforzamento esterno e come un simbolo degli effetti, che derivavano dalla natura stessa del processo, nello stesso modo che una *stipulatio* è aggiunta ad un prestito. Con ciò si avrebbe fatto un gran passo verso l'opinione vera: ma la spiegazione sarebbe sempre molto improbabile: stantechè non era possibile, che gli atti privati davanti ai testimoni avessero per i Romani una più forte solennità di quelli seguiti davanti al pretore: il contrario è molto più probabile, dovendosi più facilmente credere, che i Romani avessero piuttosto creduto necessario solennizzare ed afforzare (per esempio) una *in iure cessio* con una *mancipatio*.

Confessio: iusiurandum: ricusa della litis contestatio.

§. CLXXII.

Vi erano alcuni casi, nei quali la procedura *in iure* non era seguita dalla *ordinatio iudicii*, ossia non importava alcuna *litis contestatio*. Ciò avveniva principalmente, quando il convenuto confessava il dritto dell' attore alla presenza di questo ed *in iure*, ossia davanti il magistrato. Una tale confessione era detta *confessio in iure* (1). In questo caso la quistione giuridica era rimossa, non vi era più occasione per un *iudicium*, niente altro rimaneva ad indagare, il *confessus* si era in certo modo condannato da se stesso, ed era naturale, che quella *confessio* fosse assimigliata alla sentenza del giudice in quanto agli effetti. Questi però dipendevano dalla estensione o dall' obbietto della *confessio*. Ed avanti tutto è da osservare,che dovevasi sempre venire ad un *iudicium*, quante volte il convenuto ammetteva il reclamo dell' attore solamente in parte, rimanendo sempre a litigare per l'altra. Era importante inoltre sotto questo rispetto e per produrre quella conseguenza l'obbietto della *confessio*. Le XII tavole pareggiavano ai *iudicati* quelli, che confessavano di essere debitori d' una somma (2). Nella procedura delle formole, la sentenza dovendo essere sempre diretta ad una determinata somma, soltanto una *confessio* del medesimo obbietto poteva essere assimigliata a quella, sicchè solamente allora valeva il principio: *confessus pro iudicato est.* Ma nei tempi posteriori e successivamente applicossi infine il principio (si cita a questo proposito una *oratio D. Marci*), che *in* ogni *confessio in iure*, anche quando non avesse a suo obbietto una determinata somma di denaro, dovesse riconoscersi ad essa la medesima forza che ad una sentenza giudiziaria. Sicchè quando la *confessio* non indicava una somma certa eravi invero un *iudicium*, ma questo non era *de re iudicanda* ma *de re aestimanda*.

Il giuramento, che deferivasi alla parte contraria sul rapporto litigioso, poteva produrre il medesimo effetto che la *confessio in iure* (3). L'atto di deferire il giuramento teneva luogo della *litis contestatio* (4), il giuramento o il diniego di darlo rendeva inutile il *iudicium*: se il convenuto giurava, egli aveva contro l' azione la *exceptio iurisiurandi*, simigliante alla *exceptio rei in iudicium deductae* e *rei iudicatae*: se giurava l' attore, ne acquistava un' azione si-

(1) Dig. XIII. 2. Cod. VII. 69. *de confessis.* Bethmann-Hollweg, *Saggi* p. 261. Savigny, *Sistema* VII. p. 5. 39.

(2) Gellio, XX. 1.

(3) Dig. XII. 2: *de iureiurando sive necessario sive iudiciali. Voluntarium iusiurandum* era detto quello, che dipendeva dalla volontà di colui, a cui la parte contraria lo deferiva, sia ch'egli volesse (ed in tal modo rendeva vera la sua affermazione) o non volesse giurare: *necessarium* quello, al quale non potevasi negare colui, al quale veniva deferito: il diniego era considerato come una confessione: *manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec iurare nec iusiurandum referre.* Nell'editto pretorio era detto: *eum a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam.* Eccezioni: *pupillo non defertur iusiurandum. Procurator non compellitur iurare nec defensor. Sacerdotem vestalem et flaminem dialem in omni mea iurisdictione iurare non cogam.*

(4) L. 28. §. 2. *D. de iud.* (5. 1.): *ex quibus causis non cogitur legatus iudicium accipere, nec iurare cogendus est se dare non oportere, quia hoc iusiurandum in locum litis contestatae succedit.*

mile all' *actio iudicati*. *Iusiurandum vicem rei iudicatae obtinet*, *non immerito*, *cum ipse quis iudicem adversarium suum de causa sua fecerit deferendo ei iusiurandum* (1).

La *litis contestatio* poteva infine non avvenire per diniego del convenuto di venire *in iudicium*, potendone anche in questo caso derivare la conseguenza ch'egli fosse trattato come *iudicatus*. Un tale diniego poteva essere cagionato da fatti, che senza bisogno di altre pruove mostravano l'azione come non fondata, potendone anche seguire il rigetto di essa per mezzo del pretore (§. 163): poteva parimente essere fondato sopra tali eccezioni, che fossero *conceptae* come *praescriptiones* (§. 171): ma perchè anche in questo caso era data la formola, ed ordinato il *iudicium*, il convenuto cominciava il processo eventualmente: senonchè nel caso che fosse trovata vera la eccezione, la *litis contestatio* era considerata come non avvenuta. Il contrario avveniva per le *exceptiones*: una *exceptio* secondo il dritto di quel tempo non era possibile senza un *iudicium acceptum*. L'eccezione della incompetenza però (*praescriptio fori*), era sempre decisa dallo stesso magistrato, ed escludeva la *litis contestatio*, quando era trovata vera: il convenuto poteva negarsi al *iudicium* affermando di non essere il vero debitore; il che avveniva, per esempio, nelle azioni contro il possessore d'una cosa, quando egli asseriva di non esserne il possessore, o almeno di non esserlo in quella quantità o per quella causa, che l'azione supponeva: essendone però trovato possessore, non veniva costretto ad entrare *in iudicium*, ma doveva rendere il possesso all'attore (2). Ma era pure possibile un'altra procedura, e ciò avveniva, quando ostinandosi l'attore nella sua azione, ordinavasi il *iudicium*, facendosi avvertito il giudice di prendere in esame l'eccezione del convenuto; nel quale caso non era esclusa la *litis contestatio*, ma produceva l'assoluzione del convenuto, quando la sua affermazione era pruovata vera. Quest'ultima procedura (che in molti casi era esclusiva) non era in alcun modo pericolosa per il convenuto, giacchè il *iudicium* non facevagli perdere l'eccezione, che anzi quando questa era trovata ben fondata, egli veniva assoluto dall'azione definitivamente. Per contrario poteva essere pericoloso per l'attore il reclamare contro alcuno, che posteriormente dimostrava di non essere il vero convenuto, o almeno di non esserlo nel modo supposto dall'attore. Così quando alcuno reclamava colla *condictio certi* contro l'erede del suo debitore per l'intero, mentre egli era erede solamente in parte, o in generale chiedeva una somma maggiore di quella, alla quale quegli era obbligato proporzionatamente alla sua parte ereditaria, il reclamo dell'attore veniva rigettato a causa della *pluspetitio*, e questi perdeva il suo dritto. Per provvedere a questo male, il pretore introdusse le *interrogationes in iure* (3), colle quali il convenuto era richiesto di dichiarare, se era erede ed in quale parte, facendo il pretore ripetere queste medesime interrogazioni anche negli altri casi, nei quali ciò poteva essere utile all'attore per la preparazione e la formazione del suo reclamo.

Quello che il convenuto dietro la interrogazione confessava, era ritenuto per vero fra le parti, quante volte tornava a suo disvantaggio: quando egli negava, o (il che valeva la stessa cosa) non rispondeva, l'attore poteva usare i summentovati mezzi. Se dopo ciò continuava l'azione primitiva, questa era detta ora *interrogatoria actio*, contenendo un'aggiunzione relativa alla *interrogatio* ed ai suoi effetti, sia che il convenuto avesse confessato qualche cosa nella sua risposta, o questa fosse stata in opposizione dei reclami dell'attore, o non avesse data alcuna risposta: in quest'ultimo caso ordinavasi con un supplemento alla formola, che l'attore non perdeva il suo dritto a causa della *pluspetitio*. Leggesi in un luogo delle Pandette, che le *interrogatoriae actiones* erano venute in disuso, dovechè le *interrogationes* vi sono trattate come una istituzione ancor valida e continua.

Questo può essere spiegato nel seguente modo: qui trattasi solamente del secondo degli esposti casi: se dunque il convenuto non aveva risposto, egli era riguardato come uno, che senza alcuna ragione ricusava di adempire la obbligazione: s'egli negava, era trovato ingiusto di assolvere l'attore da quelle dannose conseguenze dell'azione incompetente; sicchè nell'uno e nell'altro caso l'azione perdette la forma speciale della *interrogatoria actio*.

Quando il convenuto senza alcuna ragio-

(1) L. 1. *pr. D. quar. rer. actio* (44. 5).

(2) Vi si riferiscono *gl' interdicta quem fundum*, *quam hereditatem*, *quem usumfructum*. Tenevasi una simigliante procedura nell' *actio damni infecti*, quando il convenuto affermava, che la cosa, che aveva cagionato il danno, non gli apparteneva, e nelle azioni di servitù.

(3) Dig. XI. I: *de interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus*.

ne ricusava di venire in *iudicium*, era considerato come *indefensus*, e come tale era anche *damnatus* (1).

C. ATTI DELLA PROCEDURA IN IUDICIO.

a. Pruova.

§. CLXXIII.

Era ufficio del giudice pronunziare la sentenza sul rapporto giuridico, che gli era commesso nella formola. La condizione, dalla quale dipendeva la condanna, o l'assoluzione (*si paret — si non paret*) conteneva l'istruzione di prendere in esame i fatti, sui quali litigavano le parti, e d'investigare i principii di dritto, che vi si dovevano applicare (anche questo era contenuto nella espressione *si paret*). Le pruove, che ciascuna delle parti doveva dare, riferivansi al primo di questi momenti, e l'attività di esse era diretta a far persuaso il giudice della verità dei fatti, che spettava loro pruovare. Con ciò si connetteva l'esposizione giuridica del loro dritto e delle ragioni, che ciascuna delle parti poteva addurre a sostegno di esso, e colle quali sperava disporre il giudice ad una favorevole decisione. Appunto per provvedere a questo bisogno intervenivano davanti al giudice gli *oratores* o *patroni* delle parti, che con una *continua oratio*, *peroratio* rappresentavano ed esponevano le ragioni delle loro parti mescolando le deduzioni di dritto a quelle di fatto. Fin da questo momento erano indicati ed adoperati i differenti mezzi di pruova, che aveva ciascuna delle parti: ma posteriormente questi mezzi venivano più particolarmente compresi nella così detta *probatio*, che serviva ad accertare le rispettive affermazioni dei litiganti, alla quale connettevasi l' *altercatio*, con cui le parti o i loro patroni con brevi orazioni e risposte cercavano afforzare la loro pruova, ed indebolire, o distruggere la pruova contraria, per esempio colle *interrogationes* fatte ai testimoni dell' altra (2). Nessuna forma certa era ordinata per tutti questi atti essendo essi piuttosto determinati secondo lo scopo, al quale erano diretti, e dall' accorgimento delle persone che vi erano attive, come dall' ufficio regolatore del giudice (3): però le orazioni delle parti o dei loro patroni solevano precedere le dichiarazioni dei testimoni (4).

I mezzi di pruova, coi quali le parti producevano nel giudice il convincimento della verità delle loro affermazioni di fatto erano detti in generale *instrumenta* (5). Come tali valevano per i Romani le tracce, che i fatti a pruovare attuandosi avevano lasciati sia in uno scritto o nella memoria delle persone, che vi fossero state presenti. Della prima specie è la pruova per documenti scritti, *instrumenta* nel senso stretto (6), della seconda la pruova per testimoni (7). Relativamente all'una ed all'altra pruova leggonsi negli scritti dei giureconsulti ed anche nelle costituzioni dei principi molte istruzioni date ai giudici per indicar loro in quali condizioni dovessero prestar fede ai testimoni ed agli scritti; ma non si creda che con ciò si avesse voluto limitare il criterio del magistrato con regole rigorose sulla misura della credibilità di essi (per esempio, sul numero dei testimoni consenzienti in una sola dichiarazione, i quali erano necessarii per il suo convicimento) 8). È naturale, che fra tutti i mezzi di pruova fosse data maggiore importanza agl' *instrumenta*, e quando

(1) *Lex rubria cap.* 21. 22. L. 52. *D. de R. I.* (50. 17.) *: non defendere videtur non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere aut non vult suscipere actionem.*

(2) Quintill. *Inst. or.* VI. 4.

(3) Cicerone, *Pro Quint.* 9. Sulle *dilationes* che il giudice poteva concedere Cicer. *Pro Tullio* §. 6.

(4) Macrob. Sat. II. 12. *Veniunt in comitium-iubent dicere. Quorum negotium est, dicunt. Judex testes poscit-tabulas poscit, litteras inspicit.*

(5) L. 1. *D. de fide instr.* (22. 4.): *instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest, et ideo tam testimonia quam personae instrumentorum loco habentur.*

(6) Dig. XXII. 4. *Cod.* IV. 21: *de fide instrumentorum et amissione eorum.*

(7) Dig. XXII. 5. *Cod.* IV. 20 : *de testibus.*

(8) In un rescritto di Adriano nella L. 3. §. 2. *D. de test.* (22. 5). leggonsi su questo proposito le seguenti parole: *Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. Sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non ubique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere quid aut credas aut parum probatum tibi opineris.* Rispetto alla credibilità dei testimoni Cicerone riconosce una grande importanza alla *civitas (pro Font. c.* 7. 9. *pro Flacco,* 4. 5. 8. 10. 11. 23. 27. *)* alla ricchezza *(pro Roscio com.* 15 *)*, alla condizione, alla età ed alla professione di essi.

non vi era dubbio sulla verità di questi, ammettevasi la pruova testimoniale contro il loro contenuto soltanto in alcune speciali condizioni (1), sempre però considerando questa piuttosto come un mezzo onde afforzare le altre pruove, anzichè come una pruova indipendente e da bastare essa sola; ripetutamente però ordinandosi, che la perdita dei documenti, che riferivansi al negozio giuridico litigioso non dovesse essere ritenuta come un impedimento d' investigare la verità dei fatti. Per regola generale i testimoni dovevano presentarsi al giudice, e davanti a lui fare le loro dichiarazioni a bocca (2). Il giudice poteva a suo criterio limitare il numero dei testimoni a citare, acciocchè il processo non venisse impacciato o la verità oscurata da un numero esorbitante di essi: le limitazioni legislative si riferivano ai soli processi criminali. Non era però esclusa la dichiarazione in iscritto d'un testimone assente (*recitatio testimonii*), purchè fosse stata certa: ma è chiaro, che mancando al giudice in questo caso l'impressione personale, ed alla parte opposta la possibilità della pruova contraria, ed oltracciò la conferma del giuramento, un tale *testimonium* meritava minor fede di quello a bocca (3). Qui cade in acconcio la seguente quistione: sino a qual punto ammettevasi la coazione per costringere ad una testimonianza, della quale alcuno veniva richiesto? Chi era intervenuto come testimone nella *mancipatio* o come *libripens*, aveva con ciò contratto l'obbligo di deporre in avvenire la sua testimonianza su questo atto: e le XII Tavole punivano colla infamia e colla incapacità di testare colui, che vi si negava: applicavasi la stessa regola in tutti i casi, nei quali erasi fatta una testimonianza solenne in un atto fondato sopra una disposizione legislativa (per esempio nella *in ius vocatio*); ma in tutti i casi non ammettevasi una coazione diretta per l'adempimento dell'obbligo contratto con un tale intervento. Quest'era ammessa nei processi criminali per effetto d' una *denuntiatio testimonii* da parte del querelante, ed anche del querelato, e d' una *evocatio* da parte del pretore e del *iudex quistionis* (4). Questa *denuntiatio* con tutte le sue conseguenze occorre (colla limitazione però a dieci testimoni) anche in alcuni *iudicia privata*, ma per regola generale non era ammessa in questi (5).

Agl' istrumenti ed alle dichiarazioni dei testimoni aggiungevasi come altra pruova per produrre il convincimento del giudice la confessione *in iudicio*, la quale non teneva luogo come la *confessio in iure* della decisione, ma era una semplice pruova, su cui fondavasi una tale decisione; non aveva alcuna forma speciale, ed il giudizio sulla sua validità come quello delle altre pruove era rimesso al criterio del giudice. Oltre i summentovati le parti avevano altri argomenti, coi quali potevano confortare la pruova d' un fatto, ed operare sul convincimento del giudice (6). In fine quando il giudice non ostante tutte le pruove e le contropruove rimaneva ancora dubbio poteva ordinare ad una delle parti, che affermasse con giuramento le sue pretensioni, e decidesse in tal modo la sua persuasione. Sotto questo rispetto anche il giuramento (*iusiurandum iudiciale*, giuramento *in iudicio*), era un mezzo di pruova, ma aveva soltanto la forza e l' effetto di questa, ed in ciò distinguevasi dal *iusiurandum in iure* (§. 173) 7). Questo giuramento giudiziario aveva un' applicazione speciale, quando trattavasi di fissare il valore dell' obbietto della lite, al quale il giudice doveva condannare. Per regola generale questi doveva determinarlo secondo gl'indizii da darglisi dall' attore (*aestimatio a iudice facienda*); quando il convenuto per *dolus* o *contumacia* era la causa, che l' attore non potesse ricevere il vero obbietto del suo reclamo, e ch'era necessaria una *condemnatio*

(1) L. 1. *C. de test.* (*lex restituta*) Paolo, *Sent.* V, 15. 4.

(2) Le dichiarazioni, alle quali alcuno era stato sforzato coi tormenti non valevano come *testimonia: testis* era quegli soltanto, che poteva farlo liberamente: Tacito, *Ann.* II. 28. *satis testium et qui servi eadem noscerent repperit.*

(3) L. 3. §. 4. *D. de test*· (22. 5.).

(4) Quintiliano, *T. O. U. c.* 7. §. 9. *duo genera sunt testium, aut voluntariorum aut eorum, quibus iudex in publicis iudiciis lege denuntiature solet.*

(5) Huschke (*Giorn. crit. di Richter* 1837. p. 897) mostra di considerare la coazione come una specialità dei giudizii recuperatorii. Rudorff (*sulla lex mamilia*, Giorn. IX. 12. p. 406) dichiara una opinione contraria connettendo l' ammissione della coazione ad un interesse pubblico, nel quale caso ogni cittadino richiesto della sua testimonianza doveva sagrificare la sua volontà.

(6) Quintil. *Inst. or.* V. 8—10. (*probatio artificialis*). L. 19. *C. de R.* V. (3. 32).

(7) *L.* 1. 31. *D. de iureiur.* (12. 2). Era il giudice che ordinava un tale giuramento, sebbene fosse indifferente se il primo pensiero fosse stato il suo o della parte. Non deesi però dimenticare, che le conseguenze d' un tale atto erano rimesse al criterio del giudice. Giustiniano dette un più preciso ordinamento a questa istituzione colla L. 11. 12. *C. de reb. cred.* (4. 1.).

nel valore, il giudice doveva deferire il giuramento all' attore, col quale fissavasene il valore e quindi la somma: senonchè egli poteva apporvi una *taxatio* ossia un *maximum*, che non era lecito trasgredire. Questo giuramento ch' era una pena del dolo o della contumacia del convenuto era detto *iusiurandum in litem* (1), era ammesso sempre, essendovi però la condizione del dolo o della contumacia, nelle *arbitrariae actiones* per la restituzione o l'esibizione, inoltre nei *bonae fidei iudicia* ed anche negli *stricta iudicia*, per esempio nella *stipulatio* d'una cosa, quando il dolo della parte contraria aveva resa impossibile al giudice l'estimazione della cosa (2). Anche questo giuramento aveva la qualità d'un mezzo di pruova, e ciò determinava la condizione del giudice, che poteva sempre assolvere il convenuto, o condannarlo in meno (3).

Relativamente al giudizio sulle pruove addotte o tentate dalle due parti, è sommamente importante la quistione, chi delle due avesse l'obbligo della pruova sia in generale sia rispettivamente ad alcuni fatti. La risoluzione di questa quistione dipendeva sì dalla condizione delle parti, come dai fatti, dei quali trattavasi. In quanto al primo punto, il peso della pruova gravava sull'attore: è questo un *onus petitoris*, (ed altresì un *commodum possessoris*); dimodochè le parole *petitoris partes sustinere* significavano la medesima cosa delle altre *de iure suo probare debere*: se dunque l'attore non provava quello ch' egli era obbligato pruovare, il convenuto doveva esserne assoluto, anche quando questi non avesse data alcuna pruova: solo poichè l'attore avrà pruovato il suo reclamo, spettava al convenuto pruovare le sue eccezioni, e le sue negazioni fondate su fatti speciali (per esempio, sul pagamento) o quando voleva tenere altra via, somministrare la contropruova (la pruova del contrario di quello, che fu dimostrato dall' attore), colla quale poteva affievolire quella data dall' attore. Relativamente ai fatti a pruovare, lo dovevano essere soli quelli, che le parti litiganti addussero a sostegno delle loro pretensioni, senzachè vi fosse un vero *onus probandi* per dimostrare la falsità di quelli addotti dall'altro (la contropruova non formava un vero *onus probandi*): *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* (4). Vi sono però dei fatti, che possonsi congetturare e che ritengonsi per veri, finchè non ne sia pruovato il contrario, *praesumptiones*: chi afferma una tale presunzione, è perciò liberato dalla sua pruova trasmettendosi un tal peso alla parte contraria, che ne afferma la non esistenza; per esempio presumendosi la durata d' un dritto, che è stato un tempo esistente, ha l' obbligo della prova colui, che ne asserisce l'estinzione: chi afferma un dritto ha bisogno soltanto di pruovarne l' acquisto, e non (il che si contiene nella sua stessa affermazione), ch'egli lo possegga presentemente (5). Questi erano i principii, secondo i quali il giudice doveva decidere delle conseguenze della pruova addotta, o non addotta; questa libera condizione del giudice romano relativamente alle parti pruovanti manifestavasi tanto in rispetto della validità dei mezzi di pruova, che alla obbligazione istessa di farla: egli poteva prendere in considerazione alcuni fatti particolari, che non potevano essere formolati in regole certe, e poteva a suo arbitrio determinarsi secondo essi (6). Questo potere del giudice, alla cui coscienza era rimessa la quistione in quanto aveva di più essenziale (sebbene dall' altra parte le istruzioni ch' egli riceveva per mezzo della formola, e più ancora la grande pubblicità degli atti importassero una sicurtà contro il suo arbitrio non minore di quella, che potevano produrre limitazioni legislative sulla pruova, per quanto si fossero precise) doveva avere nello stesso tempo l' effetto, che fosse permesso al giudice di sottrarsi alla necessità di giudicare ordinando il giuramento, quante volte non poteva formarsi alcun convincimento certo, *sibi non liquere* (7).

Gli atti della procedura *in iudicio* non rimanevano sospesi come quelli *in iure* (§. 160), sol perchè il convenuto non presentavasi (8). Nè l' attore aveva alcun interesse ad obbligarlo a comparire davanti al giudice: la *cautio iudicio sisti* riferivasi solamente alla presentazione delle parti *in iure* e non a quella *in iudicio* (9). Se il convenuto non presentavasi, l' attore poteva continuare il processo da se, *iudicium desertum*, *eremodicium*, ed il giudice poteva pronunziare la sua sentenza sul fondamento delle

(1) Dig. XII. 3. Cod. V. 53. *de in litem iurando.*
(2) L. 2. p. 5. *pr.* §. 4. L. 6. D. *cod.*
(3) Dig. XXII. 3. *de prob. et praesumpt.*
(4) L. 2. *D. de probat.* (22. 3.) L. 23. C. *eod.* (4. 19.).
(5) L. 1. *C. eod.*
(6) Bethmann-Hollweg, *Saggi* p. 321.
(7) Gellio, XIV. 2.
(8) Bethmann-Hollweg, *Manuale* 1. p. 285.
(9) Era una *cautio iudicio ordinando* e non una *ordinato sisti*.

pruove addotte (1), senonchè la *denuntiatio*, colla quale ordinavasi al convenuto di comparire davanti al giudice, doveva essere ripetuta tre volte (2). Come altresì il convenuto in contumacia dell'attore poteva chiedere l'*eremodicium*, e per effetto di questo venire assoluto secondo il principio: *actore non probante reus absolvitur*. Questa regola pativa una eccezione nel caso, in cui una delle parti era impedita da una giusta causa di presentarsi al giudice, il quale concedendo una dilazione rimetteva il giudizio ad un altro giorno. Questo stesso avveniva, sia quando gli atti a causa della loro lunghezza non erano compiti in quel giorno, sia che la decisione richiedesse una maggiore considerazione.

b. *La sentenza.*

CLXXIV.

Anche durante gli atti della procedura porgevansi molte occasioni al giudice di dare degli ordini alle parti (*interlocutiones*), ch'egli credeva necessarii per la continuazione della procedura: l'*arbitrium* nelle *arbitrariae actiones* era appunto una tale sentenza preparatoria (§. 166). Ma lo scopo di tutta la procedura è la *sententia*, la decisione definitiva, il cui significato è espresso dalle parole *res iudicata* (3).

Il contenuto della sentenza era determinato dalla formola. Vi erano delle formole, che non contenevano alcuna condanna, le *preiudiciales formolae* (§. 167): sicchè anche la sentenza non importava alcuna condanna o assoluzione, decidendo il giudice solamente sul fatto, la cui investigazione era stata commessa a lui: per esempio, *ingenuum videri*, o, *servum non videri*. In tutti gli altri casi la sentenza conteneva o la condanna o l'assoluzione, senonchè nelle azioni di divisione si aggiungeva un secondo elemento che precedeva il contenuto della sentenza, ed era l'*adiudicatio*, colla quale il giudice divideva la cosa comune, assegnandone a ciascuno la sua parte; ma l'elemento essenziale della sentenza era sempre la condanna o l'assoluzione (4). Una tale sentenza poteva condannare o assolvere il solo reo convenuto, e non l'attore: senonchè vi erano alcuni *iudicia*, nei quali le due parti intervenivano nello stesso tempo come attore e convenuto: *iudicia duplicia*, o pure *mixtae actiones* (5): nelle azioni divisorie la *condemnatio* della formola era diretta alle due parti (§. 167), essendo veramente *duplicia iudicia*: e la stessa cosa può dirsi della formola dell'*interdictum uti possidetis* ed *utrubi*, dovechè gli stessi *iudicia* per *sponsiones licitatio*, e per la restituzione della cosa erano semplici. Ma la sentenza di condanna era nulla, quando non era diretta ad una somma certa: e qualunque potesse essere stato l'obbietto del reclamo, il giudice doveva sempre cambiare in una somma determinata quella chiesta in un modo indeterminato (6). Una sentenza poteva infine essere nulla in quanto al contenuto, quando il giudice non teneva alcun conto d'un principio certo di dritto, e particolarmente quando non applicava un rescritto del principe dato per questo caso, o un *responsum* d'un giureconsulto autorizzato (7), o se la sua sentenza annullava una precedente *res iudicata* (8): nell'uno e nell'altro caso il giudice avendo trasgrediti i suoi poteri, non aveva operato come giudice.

Relativamente alla forma della sentenza non erano ordinate parole solenni, che dovessero essere necessariamente usate (il che si accorda con tutta la forma della procedura davanti al giudice) 9). Ma la sentenza doveva essere espressa a bocca (*pronuntiare*), ed alla presenza delle due parti, quando una di esse non fosse stata assente *per contumaciam* (10). Se molti giudici era-

(1) L. 13. *pr. D. iudic. solvi* (46. 4.). L'ordinamento delle XII tavole: *post meridiem praesenti litem addicito*, riferivasi al giudice non altramente che al magistrato.

(2) Paulo, *Sent.* V. 5-7.

(3) Dig. XLII. 1: *de re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutoribus*. Paolo *Sent.* V. 5. *de effecto sententiarum et finibus litium*. Cod. VII. 45.: *de sententiis et interloc. omnium iudicum*.

(4) L. 3. *C. de sent. omm. iud.* (7. 45.): *Praeses provinciae non ignorat, definitivam sententiam quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro iusta non haberi.*

(5) Tali erano le azioni divisorie, e gl'*interdicta uti possidetis et utrubi* (§. 169.).

(6) Caio, IV. 48. 52. *iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat (sed) aestimata re pecuniam eum condemnat.*

(7) L. 19. *D. de app.* (48. 1.). L. 52. *D. de re iudic.* (42. 1.).

(8) L. 1. *C. quando provoc.* (7. 64.) L. 1. *C. sententiam resc.* (7. 50.).

(9) Anche l'indicazione dei motivi della decisione erano rimessi alla prudenza del giudice.

(10) Cod. VII. 43. *quomodo et quando iudex*

no nominati, dovevano essere tutti presenti come per gli altri atti, così anche per la sentenza, sebbene fosse determinante la maggioranza dei voti, ed anche la parità quando trattavasi della libertà di alcuno, o di favorire il convenuto (1).

Il *iudicium* finiva colla pronunziazione della sentenza, ed il giudice cessava nello stesso momento di essere giudice. Sicchè non gli era più possibile apportarvi alcun cambiamento, anche quando fosse stato posteriormente convinto d'avere giudicato ingiustamente (2). È perciò, che l'esecuzione d'una sentenza di condanna non era compresa negli uffici del giudice: eravi a questo fine l'*actio iudicati*, colla quale chiedevasene l'esecuzione dal pretore.

Cade qui in acconcio di parlare della forza della sentenza la quale è indicata dalla espressione *res iudicata* (3). La quistione giudiziaria era definita, e non poteva essere più ripetuta: sicchè il contenuto della sentenza prendeva le veci del rapporto giuridico dedotto *in iudicium* (4). Un tale effetto risaliva alla *litis contestatio*, mediante la quale la lite era stata dedotta *in iudicium*, ed in tal modo era divenuta dipendente dalla sentenza. Questo è vero dei due effetti della sentenza: quello d'impedire la ripetizione dell'antico reclamo, e l'altro di sostituirvi il contenuto della sentenza: in quanto al primo effetto la *exceptio rei iudicatae* prendeva le veci della *exceptio rei in iudicium deductae*, ch'era ammessa prima della sentenza, ed ha comune con questa la sua natura, nel secondo era parimente la *deductio in iudicium*, che dava al contenuto della sentenza la sua forza. Con una parola, era il *iudicium* che produceva questi effetti, in parte nella sua introduzione (*litis contestatio*), in parte nella sua conchiusione (sentenza). Stante questa origine della forza della sentenza giudiziaria si deduce, che una tale forza non avvenivasi al decreto del magistrato: e che il principio: *res iudicata pro veritate accipitur*, valeva solamente per quelli, ch'erano intervenuti come parti in questo *iudicium*, o per quelli, per i quali la *deductio in iudicium* era obbligatoria per qualunque siasi ragione, e non per altri (5).

Gli effetti della sentenza giudiziaria si determinano più particolarmente secondo il loro diverso contenuto nel seguente modo. Nei *preiudicia* deesi ritenere per vero il fatto quale è pronunziato dal giudice, per esempio, che la persona, di cui si litiga, è libero, o schiavo d'un altro, o ingenuo, o liberto d'un altro, o suo proprio figlio. Che anzi questo giudizio sullo *status* della persona aveva validità non solamente contro colui, che eravi stato presente, ma contro tutti, giacchè in questo caso non trattavasi d'un dritto privato, ma d'un fatto d'una maggiore o minore importanza generale rappresentata in qualche modo dalle parti litiganti (6). È perciò che ciascuno (particolarmente nella *liberalis causa*) poteva opporsi nello spazio di tempo di cinque anni a questo giudizio adducendo la ragione, che la lite era stata fatta solamente per finzione e col proposito di riconoscere ad una persona con una tale sentenza lo *status*, del quale litigavasi (7): che anzi colui, i cui dritti (come patrono o signore di quello giudicato ingenuo o libero) erano stati violati con un processo compito furtivamente, non era limitato in quel *quinquennium*, ma nel caso, in cui era mancato un *iustus contradictor*, anche la sentenza era nulla, e non produceva la *exceptio rei iudicatae*. L'autorità della *res iudicata* nella sua maggiore e suprema estensione era espressa dalle parole *ius facit*. Valeva la stessa cosa del giudizio sulla inofficiosità d'un testamento, col quale era negata in qualche modo al testatore la *testamenti factio*, (ossia una parte della sua capacità giuridica), inoltre quando pronunziavasi la nullità del testamento contro gli eredi, che vi erano istituiti; la quale decisione valeva contro ognuno, che richiamavasi al testamento; e come alcune azioni (le azioni popolari) potevano essere esercitate da ogni cittadino come rappresentante del popolo, così anche in questi casi il *iudicium* e la sentenza valevano contro tutti, fatta eccezione dei processi eseguiti con frode, o perduti per *contumaciam*. Nella *adiudicatio* l'autorità della *res iudicata* produceva, che la cosa comune cessava di esser tale, e ciascuno diveniva proprietario di quella parte, che il

sententiam proferre debeat praesentibus partibus vel una parte absente.

(1) L. 36-39. *D. de re iudic.* (42. 1.).

(2) L. 55. 62. *D. eod.*

(3) Ciò era vero nei primi tempi solamente per la sentenza del giudice, e non per il decreto del magistrato. In Paolo, *Sent.* V. 5. deesi leggere: *res iudicatae videntur a iudicibus qui ab his, qui imperium potestatemque habent, vel qui ex auctoritate eorum inter partes dantur etc.*

(4) L. 1. *D. de re iudic.* (42. 1.).

(5) L. 1. *D. de rei iudic.* (44. 2.).

(6) L. 25. *D. de statu homm.* (1. 5.).

(7) Dig. XI. 16: *de collusione detegenda.*

giudice gli aggiudicava (1). Una sentenza condannatoria obbligava il condannato a pagare la somma ch' era obbietto della condanna sia che fosse stato condannato giustamente o ingiustamente: la sentenza era per se stessa una *causa obligationis (iudicati obligatio)*, ch'era fatta valere coll'*actio iudicati*. Una sentenza di assoluzione liberava il convenuto mediante la *exceptio rei iudicatae* solo però fino a quel punto, al quale si estendevano i suoi effetti (2). Ma non solamente questo espresso contenuto della sentenza, ma anche il giudizio, sul quale questa si fondava, per esempio il riconoscimento del dritto di proprietà dell'attore, e che consisteva nella condanna del convenuto per effetto dell'*actio in rem*, o il giudizio, che l' attore non ne era proprietario, che importava l' assoluzione del convenuto, era considerato come verità e come *res iudicata*, e dava l'eccezione della *res iudicata* alla parte, a cui favore era stato pronunziato, in quei casi, nei quali la parte contraria veniva a muovere una pretensione contraria (3). Anche questa è una conseguenza dello stesso principio, giacchè la novella azione era fondata su quel medesimo motivo, ch' era stato già dedotto *in iudicium*, e sul quale erasi già deciso.

Il giudice decideva soltanto di quello, che era stato dedotto *in iudicium*, ed a ciò pure limitavasi la forza della sua decisione; la quistione sull'ammissibilità della *exceptio rei iudicatae* dipendeva dal fatto, se quello ch'era stato dedotto *in iudicium* nel precedente processo, era identico con quello, che deve essere presentemente l'obbietto delle indagini e della sentenza del giudice. In parte si potrà conoscerlo dalle *intentio:* ma questa non basta; giacchè l' *intentio* poteva essere la stessa in entrambi i casi, e nondimeno essere l'uno di questi differente dall'altro (4); per contrario le *intentiones* potevano essere differenti, e nondimeno la medesima cosa essere dedotta *in iudicium* in quel tempo e presentemente, sicchè non ostante la diversità delle azioni potevasi opporre la *exceptio rei iudicatae* (5).

Relativamente a quello ch' era dedotto *in iudicium*, era determinante per le obbligazioni la *origo petitionis*, ossia la causa del reclamo: quando si chiedeva il medesimo obbietto, ma per altra causa, non potevasi opporre la *exceptio rei iudicatae* (6): nelle *actiones in rem* per contrario era l' obbietto della *petitio* quello che decideva, non essendo importante quale ne fosse la *origo:* quando si era reclamato nel sequente modo: *si paret fundum eius esse*, o *ius eundi agendi eius esse*, potevasi opporre la *exceptio* in caso di ripetizione della medesima azione, sebbene il novello reclamo della proprietà o della servitù si fondasse sopra una causa diversa dalla precedente, quando per esempio dopo di essersi inutilmente reclamato sul fondamento della *mancipatio*, speravasi di riuscire facendo valere la *in iure cessio* o la *usucapio*. Giacchè è sempre la stessa proprietà, o la medesima servitù, che dedotta in quel tempo in *iudicium*, lo è ora novellamente. Dovecchè l'*obligatio* varia col variare della sua causa, è sempre però la medesima proprietà, qualunque sieno i modi, coi quali avesse potuto essere acquistata. Nelle *actiones in personam* ordinariamente la *causa obbligationis* era espressa (questo avveniva in tutte le formole che avevano una *demonstratio*, inoltre in tutte le *in factum actiones*; nelle rimanenti era almeno possibile): una tale condizione però non decideva l'ammissibilità della *exceptio rei iudicatae*: nelle *actiones in rem* l'*origo* non era espressa, e se lo era, sarebbe stata di nessun momento per la *exceptio rei iudicatae*,

(1) L. 36. *D. fam. erc.* (10. 2.).

(2) Quando per esempio un debitore aveva dato un pegno per il debito, e veniva assoluto dall' azione personale, anche il pegno era restituito. Ma un terzo possessore per contrario non poteva opporre all' azione ipotecaria del creditore l' *actio rei iudicatae*.

(3) L. 15. 30. §. 1. *D. de except rei iudic.* (44. 2.).

(4) Così quando alcuno trovavasi d'aver reclamato colla *intentio*: *si paret hominem Stichum actoris esse*, e ne fosse stato rigettato; posteriormente avendo acquistata la proprietà della medesima cosa avesse ripetuta la stessa *intentio*, non gli si poteva opporre la *exceptio*, giacchè nel precedente possesso fu dedotto in *iudicium* la proprietà di quel tempo e non la presente, ossia il *dominium postea adquisitum*, avendo il primo giudice deciso, che l' attore non era proprietario in quel tempo, e non che non lo potesse mai addivenire. L. 11. §. 4. 5. *D. de exc. rei iud.* (44. 2). Inoltre la precedente *intentio* poteva essere espressa nel seguente modo: *si paret N. N. A. A. decem dare oportere*, e la presente poteva essere *concepta* similmente; ma quando le obbligazioni erano diverse non potevasi opporre la *exceptio*. *L. 21. pr. D. eod.*

(5) L. 3. §. 4. *D. eod. Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem quaestio revocatur, VEL ALIO GENERE IUDICII.*

(6) L. 14. §. 2. *D. eod.*

come lo era nel precedente caso. Quand'anche fosse stato possibile reclamare nel seguente modo: *si paret rem actoris esse ex causa mancipationis*, a nessun giureconsulto romano sarebbe venuto in pensiero di affermare, che quello ch'era stato dedotto *in iudicium* non era la proprietà, ma la *mancipatio*. Sicchè un attore, che per sconsideratezza erasi messo per una falsa via, e nell'esercizio della *vindicatio* aveva scelta una *causa*, che non conduceva allo scopo, al quale egli mirava, non poteva aiutarsi altrimenti che per il mezzo della *restitutio in integrum*.

D. Procedura extra ordinem.

§. CLXXV.

Osservammo precedentemente, che in molti casi non seguivasi la procedura ordinaria per giungere alla decisione delle quistioni giudiziarie, (*iuris ordinarii exsecutio*, detta altresì comunemente *ordo iudiciorum privatorum*) e che queste eccezioni crebbero sempre più successivamente. Da questo tempo i magistrati decisero in molti casi con un decreto e dopo avere fatte essi stessi le indagini (*causae cognitio*). Queste *cognitiones* alcune volte non avevano alcuna relazione con una quistione giudiziaria, altre volte servivano a questa di apparecchio o di complemento (1); in molti casi infine avevasi il proposito di agevolare ed assicurare le indagini e la decisione del magistrato intorno alla lite. Noi ci applicheremo a trattare di quest'ultima specie. Nei primi tempi erano compresi in questa classe quei soli casi, nei quali un vero *iudicium* fra le persone litiganti o sull'obbietto della lite o non era possibile secondo il dritto tradizionale, o era contrario allo spirito di questo, o almeno sotto il rispetto personale o della cosa la sentenza aveva qualche cosa di straordinario, ch'escludeva il pensiero di rimetterla all'*ordo iudiciorum*. È perciò, che erano trattati *extra ordinem* dal magistrato tutti i reclami degli schiavi contro i loro padroni (a causa di crudeli trattamenti, o per la negata manomissione, quando lo schiavo vi aveva acquistato dritto ecc.) dei liberti contro i loro patroni, e per contrario di questi contro quelli, dei figli contro i loro padri al cui potere sottostavano (per esempio quando chiedevano l'emancipazione) e dei padri contro i figli, il reclamo degli alimenti contro gli ascendenti o i discendenti, contro i patroni o i liberti, le azioni fra il minore ed il tutore, e particolarmente la procedura contro un tutore contumace o sospetto, i reclami dei fedecommessi, degli onorarii dei maestri, degli avvocati, e delle altre persone applicate alle faccende pratiche, del salario delle balie ecc. Infine una delle più importanti applicazioni di questa procedura fu l'appello introdotto nel terzo periodo (§. 181).

Le azioni esercitate con questa procedura straordinaria erano dette *persecutiones*, *extraordinariae cognitiones* (2). Il reclamo era esposto al magistrato parzialmente dal solo attore; il convenuto era invitato a comparire per il mezzo d'un littore (3). Quando era contumace, gli s'imponeva una pena (4): se anche questa riusciva inutile, o pure non poteva essere eseguita, gli si ordinava di comparire con tre decreti pubblicati in tre intervalli di dieci giorni, ed infine rilasciavasi contro lui un *edictum peremtorium* (ordinariamente come quarto, ma in alcune condizioni speciali anche in luogo del primo, del secondo ecc.) col quale lo si minacciava, che il processo sarebbe stato istruito, ed anche deciso in sua assenza. Quindi facevansi gli atti ulteriori nello stesso modo, che se il convenuto fosse stato presente (5). Se le parti si presentavano nel fissato giorno, il pretore dava opera alla *cognitio*, per la quale non vi erano formalità speciali, per quanto poco ve n'erano per la *cognitio* del giudice nella procedura ordinaria. Il pretore poteva in alcuni casi e particolarmente nell'estimazioni a farsi, nominare degli *arbitri* (6): con ciò però non cambiava

(1) Di questa specie è il maggior numero dei casi: le cauzioni, le immissioni provvisorie nei beni, la *in integrum restitutio*, provvedimenti di esecuzione.

(2) Colla parola *persecutio* esprimevasi in generale l'esercizio d'un dritto per le vie giudiziarie: ed in questo senso confondevasi coll'*actio*; ma in un senso più limitato intendevasi con quella parola la *persecutio* senza l'*actio*, (senza *formola*), la semplice *persecutio*, ossia la *extraordinaria*.

(3) Ciò intendevasi colla espressione *evocari a praetore*, che in questo caso teneva le veci della in *ius vocatio*. Posteriormente il pretore commise la *evocatio* allo stesso attore da farsi colla *denuntiatio*.

(4) Gellio, XI. 1: M. *Terentius quando citatus neque respondit neque excusatus est, ego eum unam ovem multam dico.*

(5) L. 68.—73. *D. de iudic.* (5. 1.).

(6) Per esempio, per l'estimo della quantità degli alimenti *L.* 5, §. 25. *D. de agnosc. lib.* (25. 3), nel giudizio sulla idoneità della cauzione: *L.* 9. *D. qui satisd. cog.* (2. 8).

la qualità della procedura, nè si tramutava in un *iudicium*. La procedura finiva colla decisione del magistrato, ch'era detta *decretum*, il quale distinguevasi dalla *sententia iudicis* in ciò, che la sua forza ed autorità dipendeva esclusivamente dall' *imperium* del magistrato, ossia era tale quale questi poteva darla ad essa coi poteri del suo ufficio: sicchè non aveva alcuna forza obbligatoria per gli altri magistrati, che non gli erano sottoposti, dovechè la *res iudicata* dava dei dritti, che dovevano essere riconosciuti generalmente da tutti gli ufficiali pubblici (1). È perciò che il *decretum* era qualche cosa di rivocabile anche per colui, che ne era l'autore; giacchè lo stesso *imperium*, dal quale emanava, poteva annullarlo. Erano eccettuati da questa limitazione a causa della condizione eccezionale del loro autore i *decreta principum*. I loro ordini valevano come *iussus populi*; e tutti i magistrati come soggetti e dipendenti da loro erano obbligati di riceverli ed eseguirli (2).

Procedura extra ordinem : in integrum restitutio.

§. CLXXVI.

La procedura *extra ordinem* ricevette una applicazione particolare nella *in integrum restitutio*. Noi ci faremo a trattare di questa istituzione dal suo lato di procedura: del contenuto ci occuperemo in altro luogo: senonchè crediamo necessario per la presente trattazione prenderne anticipatamente in considerazione l'essenza.

L'ordine giuridico è dato all'uomo come un beneficio, senza il quale non vi sarebbe alcuna sicurtà anche per il suo bene individuale. Ciò però non esclude la possibilità, che in alcuni casi non avvenga per gli individui appunto il contrario, ossia che quello produca per questi un effetto dannoso. Lo stesso ordine della procedura ce ne porge un esempio. L'istituzione di comporre i mezzi giudiziarii in una formola, nella quale venivano compresi i reclami delle parti, e così formolati erano rimessi all'esame del giudice, fu certo trovata per la più sicura attuazione della giustizia, ed in vantaggio delle parti, che la richiedevano. Che in alcuni casi si adoperasse una *intentio certa*, ossia una *condemnatio certae pecuniae*, divenendo in tal modo più semplice e limitato l'ufficio giudiziario, era questo indubitatamente un vantaggio per l'attore, che stante la certezza del suo reclamo perveniva più prontamente e sicuramente al suo intento e senza essere soggetto ai cavilli del convenuto o alle considerazioni subbiettive del giudice. E pure una tale istituzione non era al tutto senza pericolo per lui: se per sconsideratezza faceva inserire nella formola poco più di quello che gli si doveva, perdeva il tutto, e se chiedeva meno, era soggetto alla perdita d'una parte dell'obbietto del suo reclamo. Nello stesso modo il convenuto era minacciato di perdita per una *condemnatio* fissata per sconsideratezza al di là del giusto, o perchè non aveva fatto inserire nella formola una *exceptio* in quel modo, in cui doveva esserlo (§.170). Così parimente i termini, che erano fissati nella procedura per alcuni atti o per tutto il processo furono dei provvedimenti necessarii per riuscire ad un risultato più pronto, e per impedire gl'indugi cavillosi o la negligenza: ma avevano nello stesso tempo la possibilità di convertirsi in un danno, quando non erano osservati dalle parti litiganti. Un tal fatto si addimostra anche fuori la procedura. Che alcuno dopo un possesso continuato per lungo tempo fosse sicuro della sua proprietà bene acquistata, stantechè questo stesso possesso dopo un determinato spazio di tempo si converte in un modo giuridico di acquistarla (*usucapio*), e ci assicura contro il dritto d'un altro, ch'era ignoto a noi, e che fino a questo momento non intervenne, è un grande vantaggio; nondimeno ha il suo lato contrario, potendo togliere all'altro la sua proprietà. Che anzi ogni fatto giuridico, che stabilisce un dritto ed una obbligazione per la semplice causa della negligenza, può produrre una inaspettata perdita da una parte che non vi abbadò, ed un ingiusto guadagno dall'altra, che per equità non avrebbe dovuto abbadarci.

Così al dritto si associa come una ombra qualche cosa, che da un punto di considerazione più alto addimostrasi come una ingiustizia. Un provvedimento è dunque ne-

(1) L'*exceptio rei iudicatae* e l'*actio iudicati* potevano essere opposte anche avanti ad un altro magistrato differente da quello, che aveva nominato il *iudex*: senonchè esercitate in un altro luogo potevasi opporre loro la *pluspetitio loco*. Con ciò si chiariscono la *L.* 45. §. 1. *D. de iud.* (5. 1.) e la *L.* 15. *pr.* §. *D. de re iud.* (42. 1): gli ultimi frammenti sono però interpolati. L'esecuzione del decreto non poteva esser fatta da un altro magistrato nello stesso o in un altro luogo.

(2) *L.* 14. *D. de re iud.* Ciò fu cambiato posteriormente rispetto alle decisioni dei magistrati.

cessario. Ma in ciò fare, bisogna riflettere, che questa possibile ingiustizia è sovente d'una natura molto problematica e dubbia, è forse una ingiustizia ma considerata da un punto superiore e da una intelligenza più vasta: ma chi sarà colui, che avrà in tutti i casi questa intelligenza più vasta? Quando il condannato senza sua colpa non avrà curato di appellare, chi potrebbe decidere, se ammettendolo all'appello non si favorisca il vero dritto, o piuttosto non sia questo contenuto nella prima sentenza, cui la negligenza della parte assicura da qualunque opposizione? Questa considerazione non è tale da escludere un provvedimento in un modo assoluto, ma da farlo ammettere come un mezzo straordinario, e di cui dovesse usarsi con molta riservatezza.

I pretori nei loro editti promisero di venire in alcune particolari condizioni in soccorso di coloro, ai quali era stato cagionato un danno dall' applicazione rigorosa del dritto. Un tale soccorso era detto *restitutio in integrum*, in quantochè tendeva a ristabilire il primitivo stato di cose, in cui aveva prodotto un cambiamento il dritto rigoroso, considerandosi come non avvenuto il fatto dal quale era provenuto il danno (per esempio, il corso del tempo, un negozio giuridico), e facendo rivivere il dritto perduto, o il mezzo giuridico necessario per farlo valere (1).

In ogni vera *in integrum restitutio* il pretore seguiva una procedura differente non solo dalla ordinaria, ma anche dalle altre egualmente straordinarie. La differenza non riponevasi *nella causae cognitio*, alla quale egli dava opera, giacchè senza dire che questa occorreva in ogni procedura *extra ordinem*, anche la concessione d'una *actio* poteva esserne fatta dipendente, senzachè si avesse una *in integrum restitutio*. In generale non la forma dell' attività del pretore, ma era il tenore speciale di questa, che faceva la specialità della procedura della restituzione. Ed anche in questo caso non era il semplice ristabilimento della condizione primitiva delle cose quello, in cui riponevasi il momento caratteristico dell'*auxilium restitutionis in integrum*: la sua essenziale specialità consisteva nella tendenza d'un tale provvedimento e nel motivo, che lo dettava.

L' attività propria del pretore nella *restitutio* consisteva in ciò, ch' egli giudicava doversi annullare le presenti condizioni giuridiche mosso da un giusto motivo, che rendeva necessaria una deviazione dal dritto ordinario, ed un *auxilium* contro questo (e perciò appunto era straordinario) 2), formolando in un decreto il giudizio sull'ammissibilità di questa *iusta causa* (3). Senonchè varie vie potevansi tenere nella procedura della *restitutio*. Per conoscerle esattamente, è necessario distinguere le seguenti nozioni. Non deesi confonder la semplice concessione della *restitutio* dall'attuazione reale di essa, ossia dal ristabilimento di fatto dello stato primitivo delle cose, e che noi possiamo denominare restituzione reale. La prima (la concessione dell' *auxilium restitutionis*) dipendeva sì dalla decisione, s' essa fosse ammissibile supposti veri i fatti ai quali richiamavasi colui che la chiedeva (4), come dalla esistenza reale dei fatti, che si asserivano (per esempio dell' assenza, della violenza). Il primo può esser detto l' elemento giuridico, il secondo l' elemento di fatto.

È necessario dunque distinguere tre punti nella procedura della *restitutio*: l'elemento giuridico della decisione, l' altro di fatto, e quello infine che è detto restituzione reale. Era possibile: 1) che il pretore egli stesso eseguisse queste tre differenti operazioni, concedendo la *restitutio*, e nello stesso tempo attuandola col rimuovere il danno realmente avvenuto senza ordinare un *iudicium*. Questo avveniva ordinariamente in quei casi, nei quali per eseguire la restituzione non gli abbisognava il fatto della parte contraria, per

(1) Un tale provvedimento produceva sempre il ristabilimento dell'antico stato di cose, ma non perciò potrebbesi dire che questo ultimo fosse sempre la conseguenza di quello, giacchè anche un' azione ordinaria può produrre lo stesso effetto. Importa dunque esaminare, per quali mezzi sia cagionato questo risultato; in ciò si ripone la specialità di quello, che è particolarmente indicato colla espressione *in integrum restitutio*.

(2) *L.* 16. *pr. D. de minor.* (4. 4.): *in causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem, nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.*

(3 Queste *iustae causae* per le quali decidevasi il pretore a ciò fare (*minor aetas, absentia, vis ac metus, dolus, error*) saranno esposte nel quarto libro.

(4) Vi si riferisce la *L.* 3. *D. de in int. rest.* (4. 1.): *omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.* Le parole *an verae sint* significano: se vi sieno veri motivi di restituzione.

esempio, quando trattavasi semplicemente di corriggere una formola erronea o difettosa: ma poteva pure avvenire per altri modi, come quando il pretore con un decreto ordinava alla parte contraria la restituzione reale, come in qualunque altra *extraordinaria cognitio* (1). 2) Il secondo modo che potevasi tenere, si era, che il pretore con una *causae cognitio* o decreto decidendo sulla *restitutio*, per effetto di questa decisione ordinava un *iudicium*, che non sarebbe stato possibile altrimenti: sicchè la restituzione reale avveniva in questo caso colla procedura ordinaria e per mezzo del giudice (2). Questo *iudicium* che tendeva alla restituzione ed all'annullamento del fatto contrario era detto perciò *restitutorium* o *rescissorium*. Però la semplice decisione della restituzione non assicurava l'esito di questo giudizio, ossia non importava, ch'essa dovesse divenire una realtà per la persona, a cui favore era ordinata (3). E perchè in questo caso la restituzione avveniva secondo la procedura ordinaria per effetto della perdita dell'azione o della eccezione, si potrebbe riportarlo al primo, dove si considerasse il semplice ordine del *iudicium* dato dal pretore per se stesso come una restituzione: tutt'altra cosa deesi dire, quando si ha presente lo scopo di colui, che chiedeva la *restitutio* 3). Eravi infine un terzo modo, quando cioè il pretore limitavasi a decidere il solo elemento giuridico della quistione della restituzione, ossia se supposti veri i fatti (la violenza) vi fosse una *iusta causa restitutionis*, rimettendone al *iudicium* non la sola restituzione reale (come nel secondo modo), ma anche la pruova e l'esame dei fatti, sul cui fondamento chiedevasi la restituzione (per esempio, se realmente eravi stata violenza). Il pretore vi adempiva facendo la restituzione obbietto d'una speciale azione o eccezione per esempio, *actio* o *exceptio metus* (4). Questo terzo modo era quello che più allontanavasi dalla vera *in integrum restitutio*. Che questa azione o eccezione speciale fosse una *vera restitutio* dipendeva dal fatto, se il pretore riteneva per se l'esame e la decisione sulla *iustitia causae*, ossia l'elemento giuridico della decisione sulla necessità della concessione d'un provvedimento diverso dal dritto ordinario. In difetto d'una simigliante decisione preliminare, o nel caso che questa prendesse un altra qualità (quando per esempio non riferivasi più alla collisione fra il dritto rigoroso esistente e la voce d'un più alto sentimento di giustizia) questo mezzo giuridico cessava di essere una vera restituzione, e ciò avvenne in molti casi a causa d'un più largo e più elevato svolgimento del dritto (5). Così il *dolus* ed il *metus* cessarono di essere propriamente un motivo di restituzione, ed addivennero il fondamento d'un *ordinarium auxilium*. Questo vale particolarmente della *exceptio doli* o *metus*, ma in molti casi è parimente applicabile all'azione a causa di dolo. Da ciò si manifesta, che la restituzione come azione o eccezione particolare, anche quando era ancora realmente tale, differenziavasi moltissimo dalle rimanenti. Stantechè il pretore decideva una sola parte della quistione della restituzione, quelli che per effetto del decreto pretorio erano ammessi a questo beneficio, non potevano essere ancora considerati come veramente restituiti, dipendendo ciò dal giudizio dei fatti, che servivano di fondamento alla restituzione. Con ciò si spiega, perchè i giureconsulti il più delle volte parlano dei soli due primi modi di restituzione, che anzi li oppongono al terzo (6). Infine non eravi *restitutio in integrum*, quando alcuno richiamavasi davanti al giudice della sofferta violenza o frode secondo le forme comuni del giudizio ordinario. Questo avveniva nei *bonae fidei iudicia*, la cui stessa natura importava e sottometteva al criterio del giudice il giudizio sul *metus* e *dolus*, senza

(1) L. 13. §. 1. *de minor* (4. 4.)

(2) *Eod: potest desiderare interdum adversus possessorem restitui—et hoc vel cognitione praetoria* (il primo modo) *vel rescissa alienatione dato in rem iudicio* (il secondo).

(3) Il mio oppositore ha usucapito durante la mia assenza: il pretore *rescissa usucapione* mi restituisce la *in rem actio*. Ciò nondimeno esercitando questa è sempre possibile, che io perda la lite, come l'avrei perduta, anche quando non avessi avuto bisogno della restituzione, se, per esempio, non posso pruovare il mio dritto di proprietà.

(4) L. 21. §. 6. *D. quod metus* (4. 2.): *si coactus hereditatem repudiem, duplici via praetor mihi succurrit, aut utiles actiones quasi heredi dando* (il secondo modo), *aut actionem quod metus causa praestando* (il terzo), *ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat.*

(5) In questo modo ed a causa d'un più largo svolgimento del dritto la restituzione dell'azione perduta a causa della *capitis deminutio* cessò di essere una vera *restitutio* sebbene i giureconsulti continuassero tradizionalmente a noverarla fra i casi di restituzione.

(6) Nell'editto perpetuo l'*actio doli* è ritenuta ancora come una *restitutio*; il pretore la concedeva solamente *ex magna et evidenti calliditate*, ritenendo per se il giudizio, se veramente vi fosse un tale requisito.

che vi abbisognasse uno speciale *auxilium*, ossia un rimedio straordinario dato dal pretore (1).

E. *Procedura per rescritto* (2).

§. CLXXVII.

Sotto i principi originossi un novello modo di cominciare la procedura, il quale merita una particolare considerazione, stantechè deve ad esso la sua origine una gran parte delle costituzioni dei principi del terzo periodo, le quali occorrono nelle nostre fonti (§. 111).

Un litigio poteva essere esposto al principe con una supplica (*libellus principi datus*, *preces*, *supplicatio*) colla quale la parte, che appigliavasi a questo mezzo, esponendo i fatti che servivano di fondamento alla lite, lo pregava di volerla decidere. Se il principe vi condiscendeva, era possibile un doppio caso: 1) che il principe prendesse ad esaminarla sia per se stesso, o per uno de' suoi ufficiali, dal quale veniva istruito, e quindi decidesse con un *decretum*. Questo avveniva raramente, e probabilmente in particolare in quei casi, nei quali l'elemento di fatto era molto semplice, e per contrario il principio di dritto da applicarvisi dubbio (3). 2) Il secondo caso molto più frequente, del quale solamente è nostro proposito parlare, era quello, in cui il principe dava un rescritto a richiesta fattagliane parzialmente da una delle parti, in cui esponeva i principii di dritto, secondo i quali avevasi a giudicare, ossia indicava al giudice la decisione; ma colla condizione (supposta anche tacitamente) che i fatti fossero in verità tali, quali la petizione li conteneva: *si preces veritate nitantur*. È manifesto, che nella generalità un tale rescritto aveva una simiglianza colla *formula*, e questa simiglianza era anche maggiore, quando il principe nominava nello stesso tempo un officiale, che doveva esaminare e decidere conformemente al rescritto, e che teneva qui le veci del giudice nominato nella *formula*. In difetto di questa nomina, la parte richiedente era rimessa col rescritto al tribunale ordinario, che a suo arbitrio o esaminava e decideva la *litem extra ordinem*, o nominava un giudice istruendolo del rescritto (4). La parte contraria poteva opporsi agli effetti pregiudiziali, che risultavano per lui dal rescritto colla eccezione, che il richiedente eravi riuscito falsando i fatti (*praescriptio mendaciorum*) sia che questa falsità consistesse nel confondere ed aggiungervi fatti non veri (*subreptio*), sia nel nascondere i veri (*obreptio*).

Lo stesso giudice, quando egli dopo avere esaminata la quistione trovava dei dubbii sul giudizio a pronunziare, poteva volgersi al principe con una *relatio* o *consultatio* (*ante sententiam* §. 186-187) richiedendo da lui la decisione. Anche il rescritto, che in questo caso decideva definitivamente la quistione, poteva essere opposto con un appello contro la *relatio* del giudice a causa d'una esposizione incompiuta o falsa dei fatti (5): ma questa *provocatio* non era ammessa, quando la *relatio* era stata anticipatamente comunicata alle parti, senzachè vi avessero fatta alcuna obbiezione (6).

F. *Esecuzione* (7).

§. CLXXVIII.

Quando una sentenza importava per la parte soccombente un'obbligazione, ossia conteneva una condanna, essa serviva di fondamento all'obbligazione *iudicatum facere* (8). Qual mezzo aveva l'attore per sforzare il convenuto condannato all'adempimento di questa obbligazione? con altre parole; quali erano i modi della esecuzione d'una sentenza? Può ventilarsi la medesima quistione per tutti quelli, ch'erano considerati *pro damnatis* per effetto della *confessio*, del *iusiurandum* o della *contumacia*.

È indubitato, che l'esecuzione seguiva per le vie giudiziarie, ossia coll'intervento del magistrato. Non ammettevasi a questo fine alcuna coazione puramente privata: la *pignoriscapio* ch'era in vero un atto solenne, ma eseguito senza il magistrato, non era fatto, come nei *praeiudicia*, o una proprietà. Gli effetti di queste sentenze seguivano immediatamente senza l'opera della parte contraria, sicchè non potrebbesi parlare d'una vera esecuzione; può dirsi, che si eseguivano da loro stesse. Restano dunque le sole e vere sentenze condannatorie, fra le quali la più frequente era quella particolarmente nella procedura formolaria, che importava una condanna in danaro.

(1) L. 3. *C. quib. ex caus. mai.* (2. 54).
(2) Bethmann-Hollweg, *Manuale* 1. §. 38.
(3) L. *ult. de hered. inst.* (28. 5).
(4) L. 8. 9. *D. de off. praes.* (1. 18.).
(5) L. §. 1. 2. *D. de appell* (1. 18).
(6) L. 3. *D. quando app.* (49. 4).
(7) Bethmann-Hollweg, *Manuale* I. §.28-30.
(8) Caio, III, 180. Qui non si fa parola delle sentenze che riconoscevano semplicemente l'esistenza d'un dritto o d'un altro

un mezzo di esecuzione della sentenza (§. 162). Il soccorso del magistrato era chiesto ed ottenuto con un' *actio (iudicati* o *pro iudicato)*, ch' emanava dalla *obbligatio iudicati*. Ma era parimente possibile, che quest'azione seguisse novellamente un corso ordinario di procedura, ossia che per essa come per qualunque altra azione s' incominciasse un *iudicium*. Questo diveniva necessario in tutti i casi, nei quali il condannato opponevasi al dritto dell' attore nei modi legalmente permessi (1). Ma egli vi era ammesso solo quando dava la *cautio iudicatum solvi* (§. 157.), e se si giudicava di essersi ingiustamente opposto era punito della sua opposizione coll' essere condannato nel doppio. Nel caso di questa novella condanna, o quando non eravi ragione di cominciare un novello *iudicium* sull' *actio iudicati*, usavansi i mezzi coercitivi, che le leggi indicavano per la esecuzione d' una sentenza.

Il più semplice mezzo di esecuzione potrebbe sembrare quello di sequestrare direttamente i beni del condannato moroso, acciocchè l' attore avesse potuto essere soddisfatto con essi. Ma un tal mezzo non si avveniva alle idee del popolo romano, e non prima, che in tempi tardissimi, come osserveremo appresso, si venne alla esecuzione immediata sui beni. Ed in vero, considerando su questa materia più da vicino, non è l' esecuzione dei beni, che si appresenta la prima al sentimento giuridico. Ed avanti tutto in quanto alla forma può dirsi, che un dritto proveniente da un giudicato come qualunque altra obbligazione ha per obbietto una prestazione da parte del condannato, che certo dovrà adempirvi con tutti o con una parte dei suoi beni, ma non è però vero, che questi sieno per effetto della obbligazione direttamente soggetti al dritto del creditore. Dalla natura della obbligazione per se stessa segue il semplice dritto, che il debitore paghi ; ma che il creditore senza il *medium* del debitore paghi se stesso dai beni del debitore, è un abuso del dritto di obbligazione (2). A ciò può aggiungersi, che un forte sentimento di libertà ripugnava ad un tale attentato diretto contro la proprietà senza tener conto della persona, a cui appartenevasi. Questi motivi dovettero persuadere i più antichi Romani a tenere il fermo in quanto al principio; che la persona sia la sola obbligata, che a questa dovesse diriggersi il creditore, che l'esecuzione dovesse essere puramente personale, e che dipenda dall'arbitrio del solo debitore, se voglia liberarsene per mezzo dei suoi beni.

Le XII tavole ordinarono a questo proposito quanto segue (3). Il condannato, e chiunque era assimigliato a questo aveva trenta giorni per pagare (4) : dopo questo tempo potevasi esercitare la *manus iniectio* contro lui (5): se non si liberava col pagamento o colla presentazione d' un *vindex*, l'attore metteva le mani su lui, e lo menava legato in prigione (6). Durante questa cattura eragli permesso alimentarsi coi proprii beni; ma non volendolo, il creditore era obbligato dargli giornalmente una libra di farina (7). Il debitore rimaneva sessanta giorni prigione : potendo durante la prima metà di questo spazio di tempo liberarsi per pagamento o per convenzione (8): Nel corso della seconda metà dello stesso tempo il creditore doveva presentarsi al pretore in tre *nundinis*, e fare annunziare pubblicamente la somma del debito, acciocchè si trovasse alcuno, che volesse liberare il debitore. Quando la terza di queste pubblicazioni riusciva senza alcun frutto, la cattura doveva cessare dovendo il creditore o render libero il creditore, o cancellarlo dal novero dei cittadini sia colla morte sia colla schiavitù : questo

(1) Lo poteva : 1) negando in un modo generale, che fosse stata pronunziata una sentenza : si comprende, che ciò avveniva raramente : 2) oppugnando la sentenza di nullità : 3) riconoscendo il giudicato, ma affermando di essere estinta l' obbligazione per pagamento, novazione ecc. L'asserzione della nullità del reclamo, sul quale la sentenza aveva deciso, non valeva ad assicurare il condannato dell' *actio iudicati*, stantechè *res iudicata pro veritate accipitur*. Solamente per eccezione, alcune opposizioni possibili contro l' azione primitiva, erano ammesse anche contro l' *actio iudicati*.

(2) Una tale facoltà può esser data dal debitore al creditore coll' assegnazione d' una cosa, sulla quale questi si potrà pagare in difetto di pagamento da parte del debitore, ma in questo caso una tale facoltà non sarebbe l' effetto della obbligazione principale, ma d'un dritto speciale ed accessorio, del pegno.

(3) Gellio, XX. I.

(4) « *Aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto* ».

(5) « *Post deinde manus iniectio esto, in ius ducito* ».

(6) « *Ni iudicatum facit, aut quis endo em iure vindicit, secum ducito vincito aut nervo aut compedibus quindecim pondo ne minore aut si volet maiore vincito* ».

(7) « *Si volet suo vivito, ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato, si volet plus dato*.

(8) Gellio, XX. 1 : *erat autem ius interea paciscendi*.

ultimo caso avveniva colla vendita *trans Tiberim* fatta agli stranieri, giacchè non avrebbe potuto addivenire schiavo per vendita fatta ad un Romano. Essendovi più creditori, la legge permetteva a ciascuno di prendere la sua parte sul debitore: ripugnandovi dovevano venire ad un accordo fra loro (commettendone ad uno di loro la vendita coll' obbligo di pagare gli altri secondo il modo convenuto), senzachè la legge s'immischiasse in queste operazioni (1).

La natura di questa esecuzione secondo le leggi delle XII tavole può essere brevemente espressa nel seguente modo; essa dava al creditore un mezzo molto severo di coazione contro il debitore per obbligarlo al pagamento; ma nello stesso tempo non gli concedeva alcun mezzo di soddisfazione indipendente dalla volontà del debitore, quando non vi aveva provveduto anticipatamente con un pegno: giacchè è indubitatamente falsa l'opinione comune, che colla uccisione o colla vendita del debitore cedessero a beneficio del creditore i beni, che quegli trovavasi di possedere ancora: un tal fatto non si accorderebbe col sistema di esecuzione di quel tempo, che anzi se fosse vero, questo ne addiverrebbe al tutto irragionevole. Non sarebbe stato certo un atto di grande saviezza quello di dare al creditore i beni del debitore, e per riuscire a questo fine non aprirgli altra via, che far morire il debitore o venderlo agli stranieri.

Recentemente fu affermato, che la summentovata esecuzione personale fosse adoperata solamente per una classe speciale e limitata di casi, e particolarmente per il prestito e simiglianti debiti, che avessero presa la stessa natura mediante il *nexum*, e che ammettevasi l'esecuzione reale contro il condannato per qualunque altro motivo (2). La principale ragione contro la generalità della esecuzione personale è tratta dalla *lex rubria cap.* 21 o 22: nel primo di questi è indicato come forma di esecuzione il *duci iubere* per la *pecunia certa credita*: nel secondo sono ordinati altri mezzi di esecuzione per tutte le rimanenti azioni, e non la cattura personale. Io ritengo per erronee queste asserzioni. La differenza fra i due capitoli è soltanto la seguente: nel primo era rimessa al magistrato municipale l'esecuzione (ma soltanto la personale) contro il *confessus* o chiunque altro era considerato *pro damnato*; nel secondo era riserbata al pretore romano in tutta la sua estensione, facendosi in vero espressa menzione del *duci iubere*: sicchè da ciò verrebbe piuttosto incontestabilmente accertato l' uso della esecuzione personale in ogni giudicato. La ragione positiva, che si adduce a sostegno della opinione, che vi fosse l'esecuzione sui beni sin dagli antichi tempi, non ha un più saldo fondamento della prima: essa consiste nell' editto consolare riportato da Livio, II. 24: *ne quis civem romanum vinctum aut clausum teneret quo minus ei nominis edendi apud consules potestas fieret; ne quis militis donec in castris esset bona possideret aut venderet, liberos nepotesve eius moraretur.* Per la presente quistione è indifferente, se si voglia ammettere, che Livio avesse avuto presente il vero editto prendendo da questo le sue proprie parole, (giacchè anche quali vi si leggono non pruovano in alcun modo l' esistenza della esecuzione sui beni), o se lo storico avesse dato ad un fatto trasmessogli in un modo generale e vago quelle espressioni, che gli parvero più acconce. Io ritengo quest' ultima congettura a fondamento della mia spiegazione, che non si avrà dubbio a considerare come la più verisimile. È un fatto, che negli antichi tempi i creditori dovevano liberare per il servizio della guerra gli schiavi per debiti (a questo proposito l' uno dei consoli prometteva di assicurare a quelli i loro dritti, e l'altro faceva sperare a questi, che avrebbe resa definitiva la liberazione, quando avesse potuto lodarsi di loro per un tale servizio), e che

(1) « *Tertiis nundinis partes secanto, si plus minusve secuerunt, se fraude esto* ». Il vero significato si è: essendovi molti creditori la decisione non doveva dipendere dall' accordo di tutti: ciascuno poteva venire indipendentemente dagli altri ad un risultato, almeno col suo dritto di morte. Non si ricorda alcun esempio, che ciò fosse avvenuto realmente: e questo si concepisce molto facilmente; nè anche il modo barbaro, onde si esprime la legge, dee far meraviglia: quest' apparenza di barbarie non poteva sembrare inconveniente per un mezzo di esecuzione. Così anche nei nostri giorni le minacce contro i bancherottieri sogliono sembrare molto più pericolose di quello, che lo sieno realmente. I molti tentativi, che dai tempi più antichi fino ai più recenti furono fatti (uno dei più recenti da Göttling, *Storia della costituzione rom.* p. 323, vegg. pure Osenbrüggen nel *Giorn. crit.* di Scheider. 1842 p. 113 e seg.) d' interpetrare la legge altrimenti e particolarmente d'intendervi una divisione dei beni, non sono riusciti, e Niebuhr (II. 670.) non dice molto, quando li chiama falsi ed erronei.

(2) Savigny, *L'antico dritto romano sul debito* 1834.

durante la spedizione non ammettevasi alcuna esecuzione giudiziaria contro i soldati. A ciò accennava Livio, o l'autore di quelle parole, con quella esecuzione sui beni e sulla famiglia. Non è altresì al tutto improbabile, che come dovette avvenire per i figli, si fosse ammesso il pegno anche dei beni.

Eravi però una limitazione alla esecuzione personale; e ciò avveniva, quando l'obbietto esclusivo della condanna era una somma di denaro. E perchè le condanne nelle *legis actiones* dovevano essere sempre dirette alla cosa stessa, l'attore che guadagnava la lite, doveva sul fondamento del dritto riconosciutogli dal primo giudice e per il mezzo d'una *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* chiedere sempre un *arbitrium liti aestimandae*, formando questa sentenza di estimo la condizione preliminare per ottenere una decisione in denaro capace di esecuzione. Nella procedura delle formole il *iudicium* e l'*arbitrium liti aestimandae* furono confusi in un solo processo (1).

Le leggi posteriori alle XII tavole, che limitarono la *manus iniectio* (§. 162) non la modificarono nella summentovata applicazione come mezzo di esecuzione, senonchè sembra (per legge o per consuetudine) annullata in favore del creditore e del debitore l'alternativa, ch'era rimessa all'arbitrio del creditore, di dovere dopo sessanta giorni o liberare lo schiavo per debiti, o toglierlo dal numero dei cittadini colla morte o colla vendita agli stranieri. La conseguenza si fu, che lo schiavo per debiti rimaneva nello stato primitivo anche dopo questo spazio di tempo, finchè la legge di Petelio (428) ne proibì l'incatenamento dopo i sessanta giorni, dovendo essere negato il beneficio di essa ai soli aggiudicati per delitto. Fin da questo tempo furono adoperati al lavoro, il cui frutto il creditore detraeva dalla somma del debito. In tal modo, quando mancò la *manus iniectio*, rimase l'esecuzione personale, che fu applicata alla procedura delle formole, nella quale il magistrato senza altre solennità pronunziava il *duci iubet* e quindi l'*addictio*, quando il condannato non pagava in esecuzione dell'*actio iudicati*, o opponendosi al dritto dell'attore non dava la *satisdatio iudicatum solvi*. La stessa cosa avveniva contro colui, ch'era considerato *pro damnato*.

Ma non rimase questo il solo mezzo di esecuzione: ad esso fu aggiunta la esecuzione sui beni. In un caso speciale questa risale anche ad un tempo anteriore. Quando lo stato faceva valere un suo dritto contro un cittadino per mezzo dei magistrati, per esempio quello delle imposte e di simiglianti prestazioni, alle quali era obbligato per qualunque siasi causa, aveva il mezzo della *multa* e della *pignoriscapio*, la coazione contro il renitente, come pure il *ius prensionis*, potendo il magistrato vincere la opposizione colla cattura. Questi mezzi coercitivi però non erano sempre la esecuzione d'una sentenza, ma piuttosto l'introduzione d'un processo giudiziario, particolarmente quando il reo colla *provocatio* metteva in dubbio la giustizia del reclamo (2). Ma questi mezzi erano l'esecuzione d'una sentenza nel caso, in cui per effetto d'un processo criminale alcuno era condannato ad una pena in denaro avvenendo in questo caso, che, oltre questi mezzi di coazione, vi fosse l'esecuzione immediata sui beni. La forma di questa si era, che il pretore mandava i questori a prendere possesso de' beni del debitore *(bona possessa)*, ch' essendo da questo momento considerati come proprietà dello stato *(pubblicata)* venivano pubblicamente esposti in vendita dai questori ai più offerenti *(bona proscripta)*. I beni erano venduti in massa, aggiudicati al compratore *(sector)* che ne acquistava la proprietà (3) pagandone il prezzo all'erario (4).

Questa esecuzione sui beni fu estesa ed applicata a favore dei creditori privati dal pretore Rutilio (5). A richiesta del creditore il

(1) Bachofen. *Sul nexum*, a 1843. p. 135. Huschke, *sul nexum*, 1846, p. 14. nota. 17.

(2) Paolo dice del debitore verso il tesoro pubblico: *(pecuniam) ab eo is qui hoc imperio utitur, exigeret pignus capiendo, corpus retinendo, multam dicendo.*

(3) L. Scipione condannato in una multa a causa di peculato, il pretore dichiarò: *se ni referatur pecuniam in publicum, quae iudicata sit, nihil habere quod faciat, nisi ut prehendi damnatum et in vincula duci iubeat.* Un tribuno annunziò la sua, *intercessio* contro una tale sentenza. *In bona deinde L. Scipionis possessum publicae quaestores praetor misit*, Livio, XXXVIII. 60. Anche Caio distingue un tal dritto per le prestazioni pubbliche (*publice venire*) dalla procedura, che seguivasi per i crediti privati. Stieber, *De bonorum emtione* 1827.

(4) Il nome *sector* è spiegato con ciò, che questi compratori dividevano posteriormente i beni, e li vendevano spartitamente per ritrarne in tal modo un maggiore guadagno.

(5) Caio, VI. 35: *quae species actionis — a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est.* Questo pretorio P. Rutilio è indubitatamente il chiarissimo politico e giureconsulto,

pretore dava la *missio in bona*, detta *missio in possessionem rei servandae causa* (1), ricevendo quegli la *detentio* e con ciò la possibilità di provvedere alla loro conservazione senza però espellerne il debitore (2). Gli altri creditori, che avessero voluto essere soddisfatti sui beni del creditore, potevano associarsi al primo, divenendo in tal modo la data *missio* comune anche ad essi. Se le cose duravano lungamente in questo stato, un *curator bonorum* era scelto dai creditori, assentito e confermato dal pretore. Ordinariamente alla *bonorum possessio* era aggiunto un annunzio pubblico per fare avvertiti gli estranei, che dovessero consegnare al creditore o al curatore i beni di pertinenza del debitore, che trovavansi nelle loro mani: questo avveniva coll'affissione d'un libello pubblico, *proscriptio bonorum;* con ciò intendevasi anche dare conoscenza agli altri creditori dell'accaduto, e procacciar loro la possibilità di provvedere alle cose proprie associandosi ai primi. Davasi altresì un determinato tempo, acciocchè il debitore o i suoi eredi avessero potuto impedire la vendita col pagamento fatto ai creditori, o colla *defensio* trattandosi d'un *indefensus.* Trenta giorni dopo la *proscriptio* a danno d'un debitore vivente, o quindici, quando era la eredità d'un defunto, che veniva minacciata di vendita, i creditori per effetto d'un secondo ordine pretorio convenivano in un determinato luogo, e sceglievano uno fra loro, che era detto *magister*, ed al quale rimettevano le cure della vendita. Questa era fatta conoscere al pubblico con un'affissione (*proscriptio*). La vendita avveniva con quelle condizioni stabilite fra i creditori ed assentite dal pretore. Fino alla vendita il debitore poteva sempre chiedere di difendersi e riprendere i proprii beni, ma doveva come persona che non presentava più alcuna sicurtà, garantire il *iudicatum solvi*, stantechè dopo scorsa la prima dilazione di trenta giorni, era notato d'infamia. I beni erano venduti in massa, ed il prezzo della vendita, al quale obbligavasi il *bonorum emtor*, consisteva nella totale o parziale soddisfazione dei creditori, sicchè il maggiore offerente era colui, che prometteva ai creditori, che facevano valere i loro dritti contro lui, pagare la più gran parte di questi.

Nei tempi più antichi tutti i creditori avevano dritti eguali dovendo essere egualmente e senza alcuna preferenza soddisfatti dal compratore, quando però le loro pretensioni erano realmente fondate. Nel terzo periodo della storia romana molti crediti addivennero privilegiati, ossia che dovevano essere pagati prima degli altri. Sicchè in questo caso dovevasi avanti tutto stabilire nella vendita, quale somma il compratore dovesse pagare ai creditori privilegiati, e quale e quanta ne rimanesse per gli altri. Chiunque aveva la *vindicatio* (sia come proprietario della cosa posseduta dal debitore, o come creditore del pegno) non prendeva alcuna parte alla *missio* e *venditio bonorum*, quando limitavasi a questa semplice azione. Il *bonorum emtor* prendeva le veci del debitore, e contro lui i creditori dirigevano i loro reclami: ma con ciò non veniva liberato il debitore, quando quelli non erano appieno soddisfatti; senonchè non ammettevasi l'esecuzione personale contro lui, se non quando aveva minorati i suoi beni *dolose (in fraudem creditorum)*, ed aveva con ciò cagionato, che i creditori ne avessero ritratto meno di quello, che avrebbero dovuto. Potevasi in alcune congiunture esercitare una azione dai creditori anche contro colui, che aveva ricevuto qualche vantaggio da una tale *alienatio in fraudem creditorum facta*.

Il creditore aveva l'elezione e l'esercizio o del mezzo giudiziario della esecuzione personale o del pretorio, di quella sui beni. Scegliendo quest'ultima eragli vietata la prima, ed anche quando i beni del debitore non fossero stati bastanti per pagarlo, abbisognavagli una seconda *missio* e *venditio* nel caso, che quegli venisse a fare altri e posteriori acquisti. Con una legge Giulia (è incerto se di Cesare o di Augusto) quella elezione venne limitata con un mezzo, ch'era rimesso all'arbitrio del debitore. Questi poteva con una cessione volontaria dei suoi beni, *bonorum cessio*, andare incontro al reclamo dei suoi creditori, e sottrarsi alla

che fu console nel 649, e non quegli (P. Rutilio Lupo) che lo fu nel 664.

(1) Dig. XLII. 4. *quibus ex causa in possessionem eatur.* XLII: 5. *de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendendis.* Caio, III. 77-81.

(2) Nella orazione *pro Quint.* in cui trattavasi di oppugnare una tale *missio* e le sue conseguenze, Cicerone riporta l'editto pretorio su questo punto nel seguente modo; cap. 27: *qui ex edicto meo in possessionem venierint, eos ita videtur in possessione esse oportere: quod ibidem recte custodire poterunt, id ibidem custodiant, quod non poterunt, id auferre et abducere licebit. Dominum invitum detrudere non placet.*

esecuzione personale (1). Questa cessione seguiva con una dichiarazione fatta ai creditori nella forma, che meglio piaceva al debitore, ed aveva gli effetti della *missio* (2). Si è dimandato, in qual modo spiegasi, che anche posteriormente a questa legge usosssi ancora e spesso l'esecuzione personale e la *missio* contro gl' insolventi, dovechè si riflette, che ognuno di questi, quando ne avesse avuta la facoltà, non avrebbe mancato di giovarsi d'un tale beneficio? Ne fu data la spiegazione, ch'era ammesso a questo *flebile auxilium* solo quegli, ch'era divenuto insolvente per infortunio. Qualunque potesse essere la verità d'una tale limitazione (in qualunqne modo è certo, che i benefici effetti della *cessio bonorum* erano negati al bancarottiere fraudolente), è un fatto confermato dalla generale esperienza, che i creditori desiderano rimanere nel possesso dei loro beni per quello spazio maggiore di tempo che è loro possibile, vivendo in tal modo a spese dei creditori, dovechè questi ultimi considerano una pronta cessione dei beni come un beneficio: e noi non abbiamo ragione di supporre una differente disposizione di animo nei Romani. L'esecuzione personale non eccitava più in quel tempo tale un terrore, da indurre il debitore ad una pronta cessione: avendo egli dei beni, poteva sperare, che i creditori invece della esecuzione personale avrebbero esercitata la reale della *missio*, ed in ciò si quietavano i più senza affrettarsi colla *cessio*.

Se facciamo astrazione dal caso d'insolvibilità del debitore, e ci rappresentiamo un singolo creditore in opposizione di un debitore condannato, *confesso* o considerato *pro damnato*, i due summentovati modi di esecuzione, non solamente la personale, con cui il creditore aveva dritto sulla persona, dovechè trattavasi d'una semplice somma di danaro, ma anche la *venditio bonorum*, la quale si estendeva a tutti i beni del debitore compresi nella giurisdizione del magistrato esecutivo, dovechè forse una piccola parte sarebbe stata bastante per il pagamento, si manifestano piuttosto come mezzi indiretti o come una minaccia per indurre il debitore o un suo amico a pagare o a garantire. Ma quando fu perduto quel profondo e delicato sentimento della libertà personale, che aveva dettati questi mezzi indiretti di esecuzione, divenne dominante il pensiero, che il ricorso a questi mezzi indiretti era stolto, quando potevasi ottenere il medesimo scopo d'un modo immediato e diretto. Due mezzi di esecuzione di questa ultima ragione furono introdotti nel terzo periodo. L'uno ed il più antico consisteva in ciò, che il magistrato faceva prendere dai suoi servienti tanti obbietti del debitore, quanti ne erano necessarii per pagare il debitore: questi *pignora capta* erano quindi venduti dopo il corso di due mesi per ordine del magistrato, che dopo averne soddisfatto il creditore, dava il rimanente del prezzo al debitore (3). Divenne questo il mezzo più ordinario di esecuzione d'una sentenza o d'una confessione del convenuto, ed era oltracciò il più comodo per il creditore, sebbene non ne fosse stata esclusa la *missio*. L'altro mezzo di esecuzione diretta riferivasi alle azioni, che avevano a loro obbietto la restituzione o la presentazione d'una cosa. Quando l'*arbitrium* del giudice ordinava al reo convenuto l'una o l'altra, ed egli vi si negava, secondo il più antico dritto non eravi altro a fare, che di condannarlo nel valore di essa, quale era stato fissato nel *iusiurandum in litem*; e questa sentenza veniva eseguita nel modo ordinario. Senonchè fu permesso all'attore chiedere anche una esecuzione diretta dell'*arbitrium*, e fare istanza, acciocchè la cosa venisse tolta *manu militari* al reo convenuto e data a lui: nel quale caso questi doveva essere condannato soltanto per i frutti ed altre accessioni. Probabilmente questa procedura non fu introdotta prima della fine del terzo periodo.

Finora abbiam trattato della esecuzione d'una sentenza giudiziaria, o di tutt'altra cosa, ch'era assimigliata a questa. Il magistrato aveva per l'esecuzione dei decreti, ch'emanavano da lui, avanti tutto gli ordinarii mezzi, che davagli il suo *imperium: multa*, *pignoriscapio*, *prensio* della persona. Questi erano altrettanti modi di costringimento, ma non veri mezzi di esecuzione: questi ultimi erano adoperati nella *extraordinaria cognitio*, in cui il suo decreto aveva la forza della sentenza del giudice. In questo caso la *pignoriscapio* prendeva quella qualità, della quale facemmo parola nella sua esecuzione d'una sentenza giudiziaria. Ma anche le altre forme di esecuzione furono estese ne'decreti dei magistrati: il che si deduce dal fatto, che fu applicata loro l'*actio*

(1) Dig. XLII. 3: *De cessione bonorum*. Cod. VII. 72: *qui bonis cedere possunt*.

(2) Fatta eccezione della infamia, che non colpiva colui che volontariamente cedeva, come parimente ne seguiva, che non gli erano tolti tutti i beni futuri, ma quelli ch'erano superflui ai suoi bisogni più necessarii.

(3) L. 15. §. 2. L. 31. D. de re iud. (42. 1).

iudicati (o come più propriamente è detta *quasi ex causa iudicati*), e posteriormente lo stesso decreto fu denominato *sententia*. Quando in fine nella procedura ordinaria una cosa era aggiudicata dal pretore, e questa era presente *in iure*, l'attore poteva prendersela: ed in tal modo il giudizio del pretore era eseguito direttamente.

G. *Mezzi giuridici per oppugnare le sentenze.*

§. CLXXIX.

Quando una sentenza non aveva le condizioni, ch' erano ordinate per la sua validità, era *nulla*, e mancante di effetti, potendosi opporne la nullità a chiunque intendeva farla valere (1). Oltre i summentovati (§. 175.) motivi di nullità, eranvene i seguenti: il difetto d' un *iudicium* legalmente costituito, sia che il giudice o il personaggio a ciò nominato ne era incapace, sia che la stessa nomina fosse nulla; inoltre la incapacità di stare in giudizio o la morte di una delle parti nel tempo della sentenza, senzachè fosse stata rappresentata da persona, che ne avesse avuto i poteri; quindi la condanna e l' assoluzione d' una persona, che non era intervenuta nella lite. In un caso però bastava il semplice silenzio della parte condannata per convalidare la sentenza, ed era quello del difetto della competenza del giudice, o quando era stata pronunziata durante l'assenza di quella. In questo caso il condannato immediatamente dopo averne avuta conoscenza doveva opporre una protesta (*querela)*, altrimenti egli era considerato come consenziente, e la sentenza come valida.

Una sentenza valida pronunziata secondo le forme e l'ordine del *iudicium* statuito dalle leggi, era, come qualunque altro negozio o fatto produttivo di effetti giuridici, immutabile fino ai cambiamenti, che intervennero nel terzo periodo della storia romana anche su questo punto del dritto. Essa però fu soggetta al pari di tutti gli atti giudiziarii, ad una sola possibilità di annullamento, ossia alla *restitutio in integrum* essendovi una *iusta causa*. La *restitutio in integrum* fu ammessa non solo contro un ingiusto ordinamento del giudizio (*litis contestatio)*, quando era data una *iniqua formula* per troppo poco o per più di quello ch' era dovuto, a causa di aver negletto l'esercizio d'una eccezione, o se il minore sconsideratamente esercitava un' azione esponendosi in tal modo alla pena del diniego o a qualunque altro danno, ch'egli avrebbe potuto evitare, ma anche contro la *res iudicata*, e per questa non solo quando l' ingiustizia della sentenza riponevasi nella formola, ma anche in quello, in cui il solo giudice era la causa della lesione. In questi casi un minore poteva essere restituito contro una sentenza per lui pregiudiziale (supposte naturalmente le altre condizioni della restituzione), un maggiore per contrario per assenza, dolo ed altri motivi di restituzione, ch'erano tali per i maggiori. Non vi ha ragione di dubitare, che una tale restituzione fu usata anche prima del terzo periodo (2). L' effetto della restituzione era la rescissione del giudizio, e perciò il ristabilimento dell' antico stato di cose; non era però esclusa la possibilità d' un novello giudizio: ma se la restituzione avveniva contro una decisione data da un magistrato per mezzo d'una procedura straordinaria, lo stesso magistrato, che ordinava la restituzione, pronunziava una novella decisione in luogo della prima.

Eravi oltre al summentovato un'altro mezzo di opposizione contro una sentenza pregiudiziale. Questo consisteva nel dritto, che avevano i magistrati uguali o superiori ed i tribuni d' *intercedere* contro una tale decisione, e di renderla inefficace col loro *veto*. Il condannato poteva giovarsi d' un tale soccorso, *appellare*, e quegli, al quale appellavasi, decideva, se dovesse fare uso a favore di lui del suo dritto d' intercessione. Questa era variamente adoperata nelle faccende di dritto civile, non essendo ordinata a questo fine una procedura certa. L' intercessione dei tribuni aveva il solo effetto, che l' atto, contro il quale era diretta, veniva annullato; ma colui contro il quale si

(1) Dig. XLIX. 8: *quae sententiae sine appellatione rescindantur*. Cod. VII. 64. *quando provocare non est necesse*.

(2) Verre pubblicò un decreto speciale, nel quale prometteva la *restitutio in integrum* contro le sentenze giudiziarie. Cicerone, *Verr.* II. 13. 23. Questo annunzio diveniva pericoloso per la stabilità e sicurezza del dritto, ed era d'incitamento a ciascuno d' indirizzarsi al pretore nella speranza di ottenere dall' arbitrio di questo la rescissione d'una sentenza, ch'eragli dannosa. Nello stesso decreto fu pubblicata una minaccia contro i giudici, le cui decisioni fossero trovate ingiuste. È perciò, che Cicerone dice: *quo edicto omnia iudicia redegerat in suam potestatem*. Da ciò non deesi però dedurre, che la restituzione contro le sentenze fossero in quel tempo qualche cosa d' insolito.

appellava ai tribuni, conservava il dritto di sostituire all'antica una novella decisione. Se appellavasi ad un pretore contro la sentenza d' un altro, quegli stesso poteva prendere in esame la quistione e deciderla. Molte occasioni eranvi in Roma di usare di simili mezzi stante la presenza dei tribuni e degli altri magistrati; ma nelle province pativasene difetto; giacchè non eravi alcun altro magistrato, i cui poteri pareggiassero quelli del pretore, e che avesse il dritto della intercessione contro lui. Le sentenze dei giudici erano per contrario interamente sottratte a questo mezzo di nullità non potendo essere prima del terzo periodo oppugnate coll' appello, per quanto poco lo poteva essere un negozio giuridico conchiuso tra le parti.

Appello.

§. CLXXX.

Fu uno dei principali cambiamenti, che l' origine del principato e la novella costituzione produsse, ed il primo passo verso l' annullamento posteriore dell' antico *ordo iudiciorum*, il dritto compreso nella *tribunicia potestas* del principe di pronunziare contro le sentenze dei giudici, sia che lo facesse egli stesso, sia che ne commettesse la facoltà ad altri magistrati. Che si potesse appellare al principe contro le decisioni di tutti i magistrati, dovechè contro le sue non ammettevasi alcuna *intercessio*, che inoltre il principe fosse considerato come un tribuno presente dapertutto, potendosi perciò appellare a lui in tutto in ogni parte dell'impero e quindi anche nelle province, fu questo un cambiamento esterno molto importante, che del resto accordavasi perfettamente col novello ordinamento delle cose pubbliche di quel tempo.

Ma questa facoltà del principe di ammettere un appello contro le sentenze giudiziarie, e di annullar queste non per il mezzo straordinario della *in integrum restitutio*, ma per le vie ordinarie e per la sola considerazione, che il giudizio del giudice era erroneo, importa l'obblio compiuto del concetto, che anticamente avevasi sulla condizione indipendente del giudice, e fu il germe d'un totale cambiamento della procedura. Suppone necessariamente, che cominciossi a considerare il giudice come un officiale, ed i suoi poteri come una semplice delegazione di quelli del supremo magistrato. Con ciò non intendesi dire, che questo novello pensiero avesse modificate tutte le capacità del giudice; che anzi i giureconsulti romani negli altri punti, nei quali era ciò possibile, tennero il fermo in quanto agli antichi poteri del giudice ed alla differenza fra la *datio iudicis* e la *delegatio;* e non prima della fine del terzo periodo essa cominciò ad avere una realtà generale, e produsse nel quarto periodo l' annullamento compiuto dell' antico ordine giudiziario. Ma non è men vero, che l' istituzione dell' appello, quale si formola nel terzo periodo, porta ancora i segni, sebbene parziali, della esistenza di quel pensiero.

Augusto fu mosso ad ammettere l'appello (in quel modo che prima era stato adoperato contro i giudizii dei magistrati) dalle ingiustizie, ch' erano divenute tanto frequenti nell'amministrazione della giustizia negli ultimi tempi della republica. Nelle province non fuvvi fino a questo tempo un simigliante mezzo di provvedimento, non potendosi considerare la possibilità d' una accusa contro un reggente ingiusto come un modo d' impedire le dannose conseguenze d'un'amministrazione della giustizia malamente adempita. Ma anche in Italia ed in Roma sentissi il bisogno di rendere con regole certe un tale soccorso più facile e sicuro. Sicchè Augusto statuì il principio della possibilità dell'appello da tutte le autorità del regno al principe, delegando un tale potere di ricevere gli appelli in Roma al prefetto della città, nelle province ai consolari, avendo ciascuna di queste province un consolare in Roma, come giudice di appello (1): è indubitato, ch' egli pubblicò oltracciò delle regole sulla procedura di appello. Oltre l'appello al principe fuvvi anche quello al senato forse dai *magistrati populi*. Nerone pareggiò l'una e l'altra ragione di appello (2). Ma è incerto, se l'appello dalle sentenze dei giudici fosse stato introdotto dallo stesso Augusto: è probabile, che in questi primi tempi si fosse contentato del soccorso della *restitutio in integrum* pronunziata dal magistrato, che aveva nominato il giudice. Ma rimanendo

(1) Svetonio, *Ottav.*, 33. Dione Cassio, LII. 21. 33. Fu uno dei momentanei capricci di Caligola quello di volere ristabilire nel principio del suo governo l'indipendenza repubblicana dei magistrati, nello stesso tempo che annullava l' appello al principe. Svetonio, *Calig.* 16.

(2) Tacito, *Annal. XIV. 28*: — *auxitque patrum honorem statuendo, ut qui a privatis iudicibus ad senatum provocavissent, eiusdem pecuniae periculum facerent, cuius ii qui imperatorem appellavere, nam antea vacuum id solutumque poena fuerat.*

in questa condizione di cose, era inevitabile di trascendere le vere condizioni della restituzione, di considerare l'ingiustizia d'una sentenza per se stessa come una *iusta causa restitutionis*, ed in tal modo sotto l'apparenza della restituzione e con una grande confusione d'idee far valere nel fatto un vero appello. Perciò si venne bentosto (limitando la restituzione alle sue condizioni speciali) ad introdurre un vero appello dal giudice al magistrato, che lo aveva nominato: la quale istituzione era già definitivamente statuita nel tempo di Marco Aurelio (1).

Oltre dell'appello si fa menzione in un rescritto di Alesandro del *revocare in duplum* (2); anche in Paolo si accenna contemporaneamente all'uno ed all'altro (3). L'*actio iudicati* riferivasi alle azioni, le quali *infitiatione duplantur*: quando il reo convenuto era causa d'una novella trattazione giudiziaria del medesimo reclamo, egli era condannato nel doppio. Ma non è posssibile, che le parole *revocare in duplum* avessero espressa questa sola cosa, giacchè non vi sarebbe stata ragione di parlarne unitamente all'appello. La specialità della *revocatio* consisteva in ciò, che nei casi, nei quali il convenuto affermava la nullità d'una sentenza, egli non era obbligato ad attendere l'*actio iudicati* per opporre questa eccezione, ma poteva sottomettere al giudizio del magistrato la quistione della nullità isolatamente, essendo però naturale che nel caso di decisione contraria sottostava alla medesima pena del *duplum*, alla quale era esposto nel caso di opposizione della sentenza nell'*actio iudicati*. Questo è il significato della *revocatio in duplum*, che in quanto alla forma può essere assimigliata all'appello, ma n'era ben diversa in quanto alla sostanza, giacchè non fondavasi sulla ingiustizia, ma sulla nullità della sentenza. Potremmo dirla un reclamo di nullità; senonchè non era ordinata come un mezzo necessario ed esclusivo di far valere la nullità della sentenza, ma era una semplice concessione fatta al condannato, al quale importava forse che questa quistione della nullità fosse trattata e decisa, prima che la parte contraria gliene avesse porta la occasione coll'esercizio dell'*actio iudicati*. Che questo mezzo giuridico non occorre nel dritto giustinianeo, ne è ragione, che l'*actio iudicati* non era più diretta al *duplum*: sicchè sarebbe stato inconseguente conservare la *revocatio in duplum*. Il fisco, quando era condannato poteva esercitare un tale reclamo di nullità senza essere soggetto alla summentovata pena: esso aveva perciò in questo caso un differente nome, quello della *retractatio*, la quale è mentovata ancora nel dritto giustinianeo: il suo esercizio era però limitato nello spazio di tre anni, purchè la parte contraria non fosse colpevole di dolo (4).

Noi ritorniamo a parlare dell'appello, il quale nel terzo periodo fu statuito nel seguente modo (5).

L'appello è un mezzo giuridico, col quale si ottiene l'annullamento o la modificazione d'una sentenza in se stessa valida mediante un tribunale superiore e per il motivo della sua ingiustizia. A causa della possibilità d'un tale intervento un tribunale particolare perde la sua condizione isolata, stante la quale una quistione giudiziaria è rimessa interamente ed esclusivamente alla sua decisione: esso addiviene membro d'una serie organica, la cui successiva attività può sola produrre il risultato della soluzione definitiva della quistione: questa qualità di essere membro d'una serie successiva ed organica è espressa dalla parola istanza. Il passaggio delle istanze era ordinato presso i Romani nel seguente modo: dal giudice appellavasi al magistrato che l'aveva nominato, dai magistrati municipali al pretore in Roma, o al *iuridicus* o al reggente della provincia, da questi magistrati superiori al senato o a coloro, ai quali il principe mandava la sua suprema giurisdizione. Da questi potevasi infine appellare alla persona del principe. Quest'ultimo caso era in contradizione col principio, che il delegato rappresenta il delegante, sicchè tanto poco potrebbesi appellare da quello a questo, quanto lo si potrebbe da un tribunale a questo stesso. Questa eccezione però si spiega colla riflessione, che quella delegazione del principe aveva piuttosto la qualità della concessione d'un ufficio del pari che per i *legati Cesaris*; il che fu applicato posteriormente anche ai legati dei pro-

(1) *L. 1. pr. 3. D. quis a quo appelletur* (49. 3.) L. 1. §. *D. de app.* (49. 1).

(2) Codic. Greg. *lib. X. tit. quibus res iudicata non noceat*: 1: — *eum qui per contumaciam absens condemnatur, nec appellationis auxilio uti, aut in duplum revocare posse.*

(3) Paolo, *Sent.* V. 5.

(4) Cod. X. 9. *de sententiis adversus fiscum latis retractandis.*

(5) Paolo, *Sent.* v. 32-37. Dig. XLIX. 1-13

consoli, sicchè fu possibile appellare da quelli a questi (1). La procedura nella istanza di appello era sempre una *extraordinaria cognitio*: l'autorità, alla quale si appellava, esaminava e decideva con un decreto senza ordinare un *iudicium*. Col decreto o rigettavasi l'appello (*iniustam esse appellationem*), ed era confermata la sentenza, o quello era dichiarato giusto, e questa era quindi modificata. Ma già l'appello produceva per se stesso l'effetto, che fino all'esame di questo si dovesse conservare lo stato presente delle cose (effetto sospensivo dell'appello), ed è perciò, che la sentenza, per esempio, contro la quale si reclamava appellando, non poteva essere eseguita (2).

Se l' istituzione dell'appello dava un provvedimento facile e d'un'applicazione comune contro le decisioni ingiuste, era dall' altra parte troppo evidente la possibilità dell'abuso con cavilli e dannose dilazioni, perchè non si sentisse bentosto il bisogno di apporvi delle limitazioni. Queste limitazioni consistettero in parte in ciò, che alcune faccende giuridiche e molte decisioni vennero escluse da un tal beneficio. Avanti tutto l' appello per sua natura supponendo, che la sentenza potesse essere annullata a causa della sua ingiustizia, e questo appunto formando il fondamento d' un tale reclamo, esso non era possibile contro una *confessio*, la quale aveva la forza d' un giudizio: il *confessus* ha condannato se stesso, e non può oppugnare il suo proprio giudizio (3); lo stesso principio valeva per il giuramento, che prendeva le veci della sentenza. Il condannato *in contumaciam* non poteva appellare, stantechè il giudizio era considerato come pena della sua contumacia. Inoltre l' appello era inammissibile contro gli effetti necessari d'una sentenza, ossia contro l' esecuzione (supposta la sua regolarità), quando non si metteva in quistione lo stesso giudizio, o non lo poteva essere (4), come del pari quando non era fondato sulla ingiustizia della decisione ma su quella del principio di dritto, che vi era applicato (5). Gli appelli, coi quali, stante la loro qualità, intendevasi solamente di acquistar tempo, dovechè la decisione aveva per scopo appunto d' impedire qualunque indugio pregiudiziale, non erano ammessi (6).

Era condizione dell'appello presentato al principe, che l'obbietto della lite dovesse essere d'una determinata somma. Infine, perchè l'appello suppone l'esistenza d' un tribunale superiore, non potevasi appellare dalla decisione del principe e del senato: che anzi il principe poteva comunicare questa qualità delle sue decisioni a quelle d'un tribunale indicato da lui per giudicare d'un singolo caso coll' ordine espresso, che ne fosse escluso l' appello: anche le parti litiganti potevano produrre il medesimo effetto con una convenzione precedente (7).

L'appello pativa delle limitazioni anche a causa della procedura ch' era ordinata per esso, e dei termini da osservarsi, e la cui inosservanza produceva la perdita del dritto di appellare. Poteva essere interposto a bocca, o in iscritto con un *libellus appellatorius*, nel quale doveva essere indicato l'appellante e la sentenza, contro la quale si appellava: il che doveva esser fatto in due giorni da colui che appellava in suo proprio vantaggio, (anche quando alcuno non fosse stato parte nel processo, purchè gli proveniva un danno dalla sentenza poteva appellare), in tre giorni da colui che appellava a favore d'un altro per esempio come procuratore (8).

Se l'appello era ammesso (contro il diniego di ammetterlo potevasi far reclamo davanti ad un magistrato superiore), l'appellante in cinque giorni doveva fare istanza presso il giudice per le *literae dimissoriae* o *apostoli*, colle quali faceva conoscere al giudice superiore l' appello (9), dovendo trasmetterglielo nel termine indicato dalle leggi: in questo modo era introdotta la procedura di appello davanti al giudice superiore (10). Se l'appello era trovato non fondato, l' appellante doveva pagare alla parte contraria non solamente le spese cagionategli, ma come pena il terzo del valore dell' obbietto in litigio, ed a causa d' una tale possibilità assicurare la condanna con un ga-

(1) *L.* 1. §. 1. *L.* 2. *D. quis a quo appelletur* (49. 3.).

(2) Dig. XLIX, 7: *nihil innovari appellatione interposita.*

(3) Paolo, *Sent.* v. 35. 2.

(4) Paolo, *Sent.* v. 35.

(5) *L.* 7. §. 1. *D. de app. recipiendis vel non* (49. 5.) *item si ex perpetuo edicto aliquid decernatur, id quo minus fiat non permittitur appellare.*

(6) *L.* 7. *pr. D. eod.* Paolo (v. 35. 2.) li denomina *moratoriae appellationes.*

(7) Dig. XLIX. 2: *a quibus appellari non licet.*

(8) Dig. XLIX. 4: *quando appellandum sit et intra quae tempora.*

(9) Dig. XLIX: 6. *de libellis dimissoriis qui apostoli dicuntur.* Paolo, *Senat.* V. 34: *de dimisssoriis literis.*

(10) Paolo, *Sent.* V. 35. *de reddendis causis appellationum.*

rante o con un deposito in cinque giorni dopo ch'erano stati ricevuti gli *apostoli* (1): fu questo un provvedimmo, col quale sperossi impedire gli appelli capricciosi.

Colla possibilità dell' appello il concetto della forza giuridica d' una sentenza si addimostra diverso da quello della sua validità. Un giudizio del magistrato può esser valido e pur nondimeno mancare della forza giuridica, ossia degli effetti della *res iudicata*: esso produce questi effetti, quando oltre la sua validità non è più possibile contro esso alcuno appello.

SECONDO CAPITOLO.

STORIA DELLA PROCEDURA ROMANA NEL QUARTO PERIODO.

A. Decadenza dell' ordo iudiciorum.

§. CLXXXI.

L' antico ordine della procedura, secondo il quale da una parte il magistrato serviva d'intermedio fra il dritto ed il giudice che l' applicava, e dall'altra il giudice stava in mezzo fra il cittadino privato ed il magistrato pubblico, era stato già interrotto nel terzo periodo col crescere delle *extraordinariae cognitiones*, e come osservammo poco prima colla istituzione dell'appello fu abolito interamente sotto Diocleziano. Potrebbesi dire, che da quel tempo tutti i giudizi divennero *exstraordinaria* (2). Una legge di Diocleziano dell'anno 294 conteneva probabilmente delle determinazioni generali legislative su questa materia: noi ne abbiamo soltanto un estratto nel codice giustinianeo (3), che ordinava ai presidi di considerarsi come autorità giudiziarie, che nello stesso tempo esaminavano e decidevano, dovendo esser loro permesso di nominare dei *iudices pedanei*, solo quando trovavansi troppo gravati da faccende giudiziarie o di altra ragione, le quali rendevano loro impossibile prendere in esame e decidere da per se tutte le quistioni: ma anche in questo caso sempre colla limitazione, che le materie giuridiche, che secondo l'antico dritto erano trattate *extra ordinem*, e particolarmente le quistioni sulla libertà e sulla ingenuità, rimanessero sottoposte alla loro propria *cognitio*. Giuliano nell'anno 362 permise in generale, che le faccende di piccolo momento potessero essere rimesse a simiglianti giudici da essere scelti per i singoli casi (4). Queste leggi non debbono essere interpetrate in modo da opinare, che secondo esse l'*ordo iudiciorum* dovesse durare ancora sebbene molto limitato. Con esse non si aveva il proposito di statuire, che per quelle faccende giuridiche vi dovesse essere una procedura divisa fra il magistrato ed il giudice: ma tutto il processo venne rimesso al *iudex pedaneus*, senzachè vi fosse alcun atto preliminare del magistrato. Sicchè anche in questo caso la procedura era straordinaria nell'antico significato della parola, senonchè il magistrato sostituiva a se stesso un'altra persona.

B. Costituzione giudiziaria.

§. CLXXXII.

La giustizia era amministrata da officiali di differente specie. Questi erano principalmente imperiali in diversi gradi e dipendenza fra loro, e per i quali usavasi particolarmente l'espressione *iudices*, parte *civiles*, parte *militares*. Oltre questi vi erano ancora i giudici municipali detti ora esclusivamente *magistratus*, e ch'erano soggetti agli imperiali: infine eravi anche una giurisdizione ecclesiastica eccezionale indipendente dalla civile. A tutti questi sovrastava l'imperadore come giudice supremo, ed al quale in molti casi erano proposte le quistioni giudiziarie, quando per appello quando a richiesta delle parti o dello stesso giudice. Giustiniano con una Novella tolse ai giudici la possibilità di rimettere nei casi dubbii la decisione all' imperadore (5): in quanto alle petizioni che venivano fatte dalle parti gli imperatori solevano con un rescritto nominare un giudice, al quale commettevano l'esame ed il giudizio sulla quistione.

Potevasi esercitare la giurisdizione non solamente a causa dell'ufficio, al quale connettevasi un tale potere, ma anche per delegazione fatta da colui, a cui un tal potere si apparteneva. La facoltà però di delegare la giurisdizione, che secondo il dritto pubblico della Roma repubblicana era riconosciuta illimitatamente ai magistrati rispetto all' amministrazione civile della giustizia, cominciò ad essere limitata fin dal terzo periodo, ed infine venne al tutto negata in quel

(1) Paolo, *Sent.* V. 33. *de cautionibus et poenis appellationum.*

(2) §. 8. 1. *de interd.* (4. 15.): *quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia.*

(3) *L.* 2. *C. de pedaneis iudicibus* (3. 3.).

(4) *L.* 5. *C. eod.*

(5) Nov. 125, probabilmente dell'anno 543.

senso ch' essa aveva anticamente. Si volle, che ogni magistrato adempisse da se stesso il suo ufficio, credendosi d' avere ordinate in modo tutte le parti dell'amministrazioni, che regolarmente non dovesse sentirsi il bisogno d'un simile aiuto: molto meno poi volevasi rimetterne l'elezione all'arbitrio del giudice, dovendo, s' egli era realmente e temporaneamente impedito, l' imperatore o il prefetto pretorio nominare un temporaneo *vices agens* (1), il quale nelle faccende municipali dovette essere probabilmente nominato col consenso del preside della provincia: per i soli reggenti provinciali, che portavano ancora l' antico titolo di proconsoli, si erano conservati come una istituzione tradizionale i legati ed il concetto della *mandata iurisdictio*, la quale occorre ancora limitatamente ad essi nella legislazione giustinianea: senonchè gli antichi principii fin dal terzo secolo si erano modificati anche a questo proposito, sicchè il legato appariva come un' autorità indipendente e soggetta solamente al proconsole. Per contrario divenne molto frequente, che i magistrati nominassero dei commissarii per alcune faccende speciali giudiziarie, la cui attività limitavasi all'esame ed alla decisione di questi casi speciali: questo è il significato dell' espressioni: *iudicem delegare*, *causae delegatio*: è altresì della stessa natura la nomina del *iudex pedaneus*, che in alcune congiunture era permessa agli ufficiali inferiori. In tal modo cercossi conciliare l' ordinamento, che un magistrato dovesse adempire personalmente i suoi uffici colla impossibilità di fatto proveniente da mancanza di tempo. Questa delegazione non potrebbe essere assimigliata all' antica *mandata iurisdictio*, ma piuttosto, almeno secondo le idee di quel tempo, all'antica *iudicis datio*; ed in questo modo gli autori delle Pandette giustinianee potettero inserire nel loro lavoro quei frammenti, che trattano dei *iudices* secondo l'*ordo iudiciorum privatorum*, riferendoli a quei *iudices delegati*.

Per ogni tribunale eravi un numero di avvocati (*iuris periti*, *scholastici*, *viri disertissimi*), ch' erano registrati in una matricola (2). Il numero era fissato legislativamente: per il tribunale del preside della provincia era di trenta, crescendo gradatamente fino a quello del prefetto pretorio da cento fino a centocinquanta. Gli avvocati registrati nella matricola d'un tribunale (*statuti*) formavano una corporazione, nella quale i membri successivamente si sostituivano fino al primo posto, ch'era occupato dall' *avvocatus fisci*, e dal quale passavasi ordinariamente agli altri uffici pubblici. Oltre questi eranvi ancora i *super numerarii*, i quali erano in attenzione d' un posto nel *collegium*. Gli avvocati erano approvati dal giudice: ma in quanto alla capacità di essere ammessi in questa classe applicavansi in parte gli antichi principii dell' editto pretorio *de postulando*, in parte dei novelli, fra i quali eravi la necessità di dover provare colle dichiarazioni giurate dei professori, di essersi fatto lo studio del dritto e di avere acquistate le conoscenze necessarie per questa professione. L'onorario era fissato legislativamente, essendo indicato un *maximum* tanto per i singoli atti quanto per l' opera ch' essi prestavano nelle quistioni giudiziarie (3). Questa consisteva solamente in esposizioni e discussioni orali, non essendo loro lavoro la formazione degli atti di procedura ma dei *tabelliones* (*forenses*, *pragmatici*), persone autorizzate per la formazione dei documenti e di altri atti relativi ai negozii giudiziarii.

L'antica pubblicità della procedura venne sempre più limitata, finchè infine le sessioni giudiziarie furono tenute esclusivamente nel *secretarium*, luogo chiuso a qualunque accesso del popolo, fatta eccezione solamente per le parti, i loro assistenti, e per quelli insigniti di qualche dignità. Nondimeno avveniva alcune volte, che la cortina della porta, che toglieva il *secretarium* dalla vista del popolo, era aperta, e che in tal modo quanto v'interveniva lo fosse pubblicamente.

L' introduzione del cristianesimo cagionò una riforma delle *feriae*, conservandosi sempre la regola seguita già da Marco Aurelio, che i giorni giudiziarii dovessero crescere invece di diminuire. Una legge di Valentiniano II dell'anno 389 statuì su questo proposito (4) la regola generale, che tutti i giorni dovessero essere *iuridici*. Fu fatta eccezione per le ferie della raccolta e della vendemmia, che provenivano da un'antica tradizione, e per il primo di gennaio, inoltre per i giorni della fondazione delle due città capitali, e per quelli della nascita e del principio del reggimento degl'imperadori. A que-

(1) Cod. 150: *de officio eius qui vicem alicuius iudicis vel praesidis obtinet.*

(2) Cod. II. 7: *de advocatis diversorum iudiciorum.*

(3) Nel dritto giustineaneo è indicata la somma di 100 *aurei* come *licita quantitas pro singulis causis*: L. 1. §. 12. *D. de extr. cogn.* (50. 13).

(4) *L.* 19. *C. Th. de feriis* (2. 8.)

ste furono aggiunte come ferie ecclesiastiche la domenica, la pasqua, e le due settimane, in cui questa è compresa. Posteriormente vi si aggiunsero le feste del natale e della pentecoste, *commemoratio apostolicae passionis* (1).

Fin dal quinto secolo occorrono le *sportulae*, ossia quelle pertinenze che dovevano essere pagate agli *officia* per gli atti eseguiti da questi officiali inferiori: citazioni, protocolli ecc. Anche i *iudices pedanei* ricevevano le *sportulae*, ma non gli stessi ufficiali. (2).

C. Procedura.

a. *Introduzione della procedura.*

§. CLXXXIII.

Nel tempo di Costantino e dei suoi successori la forma ordinaria della introduzione della procedura era la *denuntiatio*, che cominciò ad essere adoperata anche durante il terzo periodo. Questa *denuntiatio* era stata primitivamente un atto privato: Costantino ordinò, che dovesse esser fatta in un protocollo davanti ad un ufficiale, che aveva *ius actorum conficiendorum* (3). Questa forma d'introduzione della procedura importava grandissimi ritardi stante la dilazione di molti mesi concessa al convenuto. È perciò che ne fu fatta eccezione per alcune azioni, e particolarmente per tutti gl' interdetti.

La *denuntiatio* non occorre più nel dritto giustinianeo. Secondo questo la procedura cominciava con un *libellus conventionis*, che era la querela, che l' attore presentava al giudice, e che sottoscritta da lui doveva contenere l' indicazione del reclamo e del suo obbietto. L' attore doveva nello stesso tempo dar cauzione del doppio pagamento delle spese cagionate al reo convenuto, quando egli non contestava la lite in due mesi, per la continuazione degli atti di procedura fino alla decisione, e per la soddisfazione di tutte le altre spese occorrenti nel caso, che avesse perduta la lite. Posteriormente a tutto questo, il giudice dava un suo giudizio (*interlocutio*, vi è adoperata anche la parola *sententia*), col quale o rigettava l' azione, o ammettendola ordinava che si citasse il reo convenuto; il quale ordine era dato o a bocca o in iscritto alle persone addette a questo servizio, ed era denominato *commonitio*, *conventio* ecc. Questa citazione congiunta col libello dell'azione era consegnata al convenuto da un *executor* del tribunale. L' *executor* doveva citare il reo convenuto per un determinato giorno, e questi doveva *cautio iudicio sisti*, ordinariamente per mezzo di garanti, per eccezione con una semplice promessa confermata da un giuramento. S'egli non dava la cauzione, o non era nel novero delle persone eccezionali, doveva seguire l'*executor* per essere custodito da questo o chiuso in una prigione pubblica. Giustiniano fissò a venti giorni (precedentemente erano dieci) il tempo, ch'era concesso al convenuto fra la citazione ed il cominciamento del processo. I principii sulla *in ius vocatio* e sulla *editio actionis* furono applicati a questa novella forma d' introduzione della procedura, il libello e la citazione; è perciò che queste espressioni occorrono ancora nei libri giustinianei come concetto pratico, sebbene avessero perduto il loro primitivo significato.

In difetto di notizie dirette storiche l'origine di questa forma d'introduzione della procedura ed il mancare della *denuntiatio* possono essere concepiti nel seguente modo. Costantino aveva ordinato, che la *denuntiatio* dovesse esser fatta nel protocollo giudiziario, senzachè fosse necessario, che ciò avvenisse immediatamente davanti al giudice competente (4). Ma quando si fece un passo innanzi, e si ritenne per il modo più semplice l'indirizzare l' attore direttamente al giudice competente, sarebbe stato inconvenevole rendere più malagevole quest'atto preliminare colla necessità della presenza del convenuto: dovevasi dunque scegliere l' una o l' altra cosa, e si fece a meno della seconda, per la quale la *denuntiatio* attenevasi ancora alla più antica forma d'introduzione della procedura, ossia alla *in ius vocatio*, ed al *vadimonium*. Colla presenza del reo convenuto fu dispensata anche quella dell' attore. In tal modo si giunse (il che sembrò un beneficio) a mettere la procedura fin dal primo suo atto sotto la vigilanza e l'attività del tribunale. È possibile che per lungo tempo fu usata ancora l' espressione *denuntiatio*, che aveva già perduto ogni significato pratico: e con ciò pure si spiegherebbe facilmente, perchè non vi è alcuna menzione d' una abrogazione espressa di questa forma preliminare della procedura: una forma più propria presentavasi nell' uso cominciato già nel terzo periodo, di esporre alcuni reclami con un *libellus* alle autorità:

(1) *L. 7. C. cit.*
(2) Bethmann-Hollweg, *eod.* §. 20.
(3) *L. 2. C. Th. de dement.* (2. 4.)
(4) Bethmann-Hollweg, l. §. 22.

il quale modo stante quel cambiamento fu applicato ai processi.

Contemporaneamente a questo modo ordinario di cominciare una lite giudiziaria, fu conservato durante il quarto periodo anche lo straordinario per rescritto (§. 178).

b. Cognitio.

§. CLXXXIV.

Gli atti di procedura fra le due parti seguivano alla loro presenza, dovendo essi o i loro rappresentanti presentarsi in giudizio nei termini stabiliti dalle leggi. Tutta la procedura, che preparava la decisione definitiva, consisteva di questi singoli atti sui differenti punti, dai quali dipendeva il giudizio del giudice, e ch' erano detti *cognitiones*.

La prima di queste *cognitiones* era la *litis contestatio*. In questo primo termine l' attore doveva esporre a bocca più particolarmente e diffusamente il suo reclamo (*narratio*), a cui rispondeva il convenuto (*responsio* , *contradictio*): in tal modo il processo era solennemente aperto. Questo intendevasi per *litis contestatio* nella procedura del quarto periodo (1). Vi è però supposto, che la risposta del reo convenuto fosse tale da esprimere la sua volontà di accettare il processo: non vi era *litis contestatio*, quando egli confessava: questa *confessio in iure*, com' era detta anche in quel tempo, aveva la forza d' un giudizio, come anche non eravi *litis contestatio*, quando il convenuto opponeva la incompetenza del giudice. Immediatamente dopo la *litis contestatio* e secondo la disposizione legislativa di Giustiniano le parti ed i loro avvocati dovevano giurare, ch' essi avevano il convincimento della giustizia dei loro reclami (2).

Stante questo modo molto vago d'esercitare un' azione sostituito all' antica forma tanto rigorosamente determinata, è chiaro, che la maggior parte delle diverse specie di azioni e delle loro differenze, che noi considerammo precedentemente (§. 165) nella loro connessione colla composizione delle *formulae*, doveva acquistare una importanza ed esistenza giuridica indipendente da una tale connessione. Queste differenze perciò sopravvissero alla procedura delle formole, e continuarono nel novello dritto in quanto avevano di più essenziale, e dopo aver deposte le forme, che avevano prese in quella connessione (3). Questo vale particolarmente per le differenze, che avevano la loro origine nella diversità della loro natura e qualità, della quale la forma della procedura era solamente una conseguenza ed un' accessione, particolarmente per la distinzione delle *actiones in personam* ed *in rem*. Anche il concetto della *utilis actio* non veniva dalla procedura: certo avrebbe potuto apparire come non pratico, in quanto accennava alla connessione storica d'un'azione con un'altra (4), ma in quanto questa stessa connessione determinava la natura dell' azione, era importante conservare questa distinzione: il che avvenne nella collezione giustinianea. La distinzione fra le *actiones bonae fidei* e *stricti iuris*, ed alcune conseguenze di esse si connettevano più di qualunque altra colla procedura delle formole, ma il maggior numero di esse e delle più importanti potevano essere esercitate davanti al giudice non istruito con una formola, particolarmente quando la differenza era cagionata dalla stessa obbligazione, dalla quale provenivano le azioni: e sotto questo rispetto questa differenza fu ammessa nel dritto giustinianeo. Per contrario i nomi *actiones praescriptis verbis* ed *in factum actiones* perderono ogni significato, essendo stati conservati soltanto come denominazioni tradizionali per alcune azioni, senzachè dessero loro un' indole speciale.

Nel termine della *litis contestatio* potevano esser fatte dal convenuto anche le eccezioni, le dilatorie lo dovevano essere necessariamente. Questa facoltà valeva sì per le eccezioni, che si riferivano alla procedura, come per quelle ch'erano relative al dritto dell' attore. Vi era però una differenza fra queste due classi di eccezioni: le prime, per esempio la eccezione della incompetenza, del difetto della *legitimatio* del procuratore ecc. dovevano essere non solamente proposte, ma anche pruovate ed esaminate avanti tutto, ed il giudice vi decideva con una interlocutoria, dovechè la

(1) Nel modo il più chiaro è espresso nella L. 14. §. 1. *C. de iudic.* (3. 1.): *patroni autem causarum—cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam — iuramentum praestent.*

(2) Cod. II. 59. *de iureiurando propter calumniam dando.* L. 14. §. 1. *C. de iudic.* (3. 1).

(3) Come tali sono esposte nel dritto giustinianeo, e particolarmente nel sesto titolo del quarto libro delle istituzioni, senonchè sono ancora visibili molte tracce della loro antica connessione colla procedura delle formole.

(4) *Nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur — maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum.* L. 47. §. 1. *D. de neg. gest.* (3. 5).

trattazione e la pruova delle altre eccezioni dilatorie (per esempio della *exceptio ne intra certum tempus petatur*) erano rimesse fino al tempo, in cui erano trattate le perentorie (1). L' eccezioni perentorie potevano essere proposte anche nel momento della *litis contestatio*, ma lo potevano essere anche posteriormente, finchè la quistione principale non era definitivamente decisa: in ogni caso non erano prese in considerazione prima che l' attore non avesse pruovato quello che doveva.

Delle eccezioni relativamente alla teoria di esse esposta nel §. 170 deesi dire la stessa cosa che osservammo per le azioni. Non eranvi più le *exceptiones replicationes* ecc. come parti essenziali della formola, stantechè non eravi più formola: quelle che riferivansi a questa forma di procedura divennero antiquate nel dritto giustinianeo; per esempio il principio, *doli exceptio b. f. iudicis inest* non ha più alcun significato. Deesi ancora osservare, che stante il difetto compiuto di forme nella novella procedura l'eccezioni perentorie cessarono di formare un concetto particolare di procedura, ma furono comprese in quello più generale dell' eccezioni. Rimase però inviolato il concetto sostanziale della *exceptio*, che conservò tutta la sua purezza in opposizione dei fatti, che annullano *ipso iure* il reclamo dell' attore: la differenza del giudizio dell' uno e dell' altro caso nulla perdette in quanto alla sua importanza sostanziale.

Nei seguenti periodi della procedura venivasi a trattare ed a pruovare i fatti o proposti nel primo, o manifestatisi successivamente, e dai quali dipendeva la decisione. Avanti tutto l' attore doveva pruovare i motivi fondamentali della sua azione, quando questi erano negati: posteriormente spettava al convenuto pruovare l' eccezioni e gli altri fatti, sui quali fondavasi la sua difesa. Per ciascun punto, che diveniva obbietto di quistione, ciascuna delle parti poteva chiedere uno spazio di tempo per apprestare i mezzi di difesa (*dilatio instrumentum causa*), il quale secondo le diverse congiunture poteva essere di tre, sei, nove mesi. I testimoni erano citati dal giudice, e dopo il giuramento interrogati alla presenza delle parti: delle loro dichiarazioni formavasene un protocollo. La verità dei documenti era pruovata colla *recognitio tabellionis*, che n' era stato il depositario, o dei testimoni, che vi erano intervenuti, o col giuramento: soltanto in caso di bisogno ricorrevasi al confronto degli scritti.

La pruova poteva esser fatta infine col giuramento sia che fosse deferito da una delle parti all' altra, sia ordinato dal giudice per rendere pieno il suo convincimento. La parte, che aveva deferito il giuramento, non poteva appellare contro il giudizio che era fondato sopra questo, fin dove estendevasi: ma poteva ritrattarsene, e sostituire un' altra pruova, dalla quale però non poteva ritornare al giuramento (2). Quegli, al quale era deferito il giuramento dalla parte contraria o dal giudice, poteva sempre riferirlo ad essa; in entrambi i casi ricusarsi: se il giudice riconosceva il rifiuto come non fondato, questo punto era considerato per quel momento come pruovato, e nella sentenza definitiva giudicavasi contro colui, che ricusava, il quale poteva però appellare contro un tale diniego del giudice di ammettere il suo rifiuto. Secondo le disposizioni legislative di Giustiniano la pruova per giuramento doveva sempre esser fatta come qualunque altra, dovechè prima di Giustiniano la *delatio* del giuramento non era mai confermata prima della sentenza definitiva; per quello ordinato dal giudice pronunziavasi anticipatamente quello che sarebbesi deciso, dopo che il giuramento venisse preso o negato, ed era dato, quando il giudizio diveniva definitivo (3).

Le singole *cognitiones* potevano essere aumentate all' infinito colla presentazione di novelli fatti e pruove. Il giudice era obbligato ad interrogare ripetutamente le parti, se avevano ancora qualche altra cosa ad aggiungere. Senonchè egli doveva osservare i termini legali, nei quali era circoscritta tutta la durata del processo, e che secondo il dritto giustinianeo erano di tre anni. Inoltre Giustianiano dette a ciascuna parte il mezzo di abbreviare le dilazioni, che l'altra poteva procacciarsi colle illimitate *cognitiones*: rinunziando questa al dritto di addurre nuove *cognitiones*, il giudice dava limitatamente alla parte contraria tre dilazioni mensili, trascorse le quali questa era esclusa dal dritto di addurre nuove *cognitiones*.

Nel caso di contumacia del reo convenuto (fatta astrazione dei mezzi coercitivi, multe, caducità dalla *stipulatio iudicio sisti*; citazione reale coll'applicazione della forza) il processo era continuato dal solo at-

(1) L. 19. *C. de prob.* (4. 19) *: exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero postquam actor monstraverit quod adseverat oportet.*

(2) L. 11. *C. de reb. cred.* (4. 1).

(3) L. 12. *C. eod.*

tore *eremodicium*, dopochè il primo era stato citato con *edicta*. La conseguenza della sua contumacia non era come un tempo, ch' egli veniva considerato *pro damnato*, ma soltanto come denegante, sicchè l'attore era ammesso alla pruova, e posteriormente a questa come negli altri casi era pronunziato il giudizio. Nella *vindicatio* un' altra via era aperta all'attore: egli poteva chiedere di essere messo in possesso provvisoriamente: in questo caso il convenuto aveva la facoltà di venire a reclamare dalla sua parte come attore (1).

In molte congiunture era ordinato al giudice di badare attentamente, che non si frapponessero inutili indugi, ammettendosi anche le abbreviazioni dei diversi termini. Ciò avveniva per gl' interdetti, ma anche per molte altre azioni: senonchè in questo tempo gl' interdetti non formavano più una procedura speciale (2). Nelle faccende di piccolo momento il dritto giustinianeo rese più semplice e meno dispendiosa la procedura. In questi casi le parti furono dispensate dalle citazioni in iscritto e dai protocolli solenni, per i quali dovevansi pagare forti *sportulae*, dovendosi procedere *sine scriptis* e come dicevasi solamente con una breve *adnotatio* degli atti. La stessa procedura fu ordinata per la giurisdizione dei vescovi nei litigi fra gli ecclesiastici (3).

c. *La sentenza.*

§. CLXXXV.

I giudizii del giudice o erano tali, che preparavano la decisione definitiva della lite contenendo degli ordini alle parti per compire il processo e per chiarire alcuni punti intermedii (*interlocutiones*, *articuli*, *praeiudicia*), o decidevano definitivamente la quistione: questi erano detti a preferenza *sententiae*, o pure *definiticae sententiae*.

Quando il giudice, davanti al quale trattavasi la quistione giudiziaria, aveva pronunziata la sentenza, le parti erano citate per sentirla leggere in iscritto e pubblicamente. Se la sentenza conteneva una condanna, questa doveva avere un obbietto determinato sia una somma, sia qualunque altra cosa certa: ma non era necessario, che la sentenza esprimesse questa somma; bastava che accennasse agli atti, dai quali potevasi dedurla (4). Secondo l' antico dritto la *sententia iudicis* doveva avere per obbietto una somma certa di denaro; la quale regola pativa una eccezione per il decreto del magistrato nella *extraordinaria cognitio*. Questi, quando per una tale determinazione vi abbisognava un esame speciale, poteva giudicare in un modo indeterminato, che il debitore doveva, per esempio, pagare i danni, dare gli alimenti, potendo anche nominare degli arbitri per fissarne la quantità (5). Da queste due istituzioni formossi il novello dritto, che nella procedura ordinaria l'obbietto doveva essere determinato; nella straordinaria ammettevasi la possibilità d'una condanna in tutt'altra cosa che in denaro, che anzi per eccezione in una quantità indeterminata in quei casi, nei quali la determinazione di questa richiedeva un esame più lungo, dal quale la sentenza non doveva essere ritardata. È perciò che nel brano delle Istituzioni riportato nella nota quella condizione è resa meno rigorosa colla giunta: *quantum possibile ei est.* — Una sentenza di assoluzione poteva avere un doppio contenuto: essa poteva liberare il reo convenuto dal reclamo, ed escluderne per sempre l' attore, *absolutio ab actione*, ma era anche possibile che l'attore ne fosse escluso per il solo momento presente, senza essergli negata la possibilità d'un novello esercizio della medesima azione dopo avere rimosso il motivo della presente esclusione: questa era detta *absolutio ab instantia*. Avveniva, quando il reo convenuto era assoluto per qualunque eccezione dilatoria: nel caso d' una *pluspetitio tempore* vi si connetteva la conseguenza particolare, che l' attore doveva attendere tanto tempo di quanto aveva anticipato la sua azione, senzachè potesse reclamare alcun interesse in questo intervallo: naturalmente egli era condannato anche alle spese, e non era ammesso a ripetere l'azione senza averle pagate al convenuto. Anche la *contumacia* dell' attore, che non si presentava nei termini ordinati per legge, poteva produrre una *absolutio ab instantia* (come qui era detta: *ab obsercatione iudicii*) quando il convenuto non amava meglio continuare la lite parzialmente. *eremodicium*, la cui conseguenza poteva essere un' *absolutio ab actione.*

Il giudice doveva nella medesima senten-

(1) Bethmann-Hollweg, 1. §. 27.
(2) Bethmann-Hollweg, 1. §. 37.
(3) Bethmann-Hollweg, 1. §. 36.
(4) Codice, VII. 36. *de sententia quae sine certa quantitate profertur.* §. 32. 1. *de action.* (4. 6): *Curare autem debet iudex, ut omni modo, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est.*
(5) *L.* 5. §. 25. *D. de agnosc. lib.* (25. 3.).

za decidere sulle spese della procedura: mancando di ciò fare ne rispondeva personalmente alla parte danneggiata. Del resto valeva come regola generale, che la parte vincitrice poteva ripeterle dall' altra, e che questa doveva essere condannata a pagarle.

Quando il giudice aveva alcun dubbio sulla decisione a dare, poteva, anche secondo il dritto del quarto periodo, volgersi per consiglio all' imperadore (*consultatio ante sententiam*). Egli componeva un rapporto, che conteneva un sunto degli atti, del quale dava comunicazione alle parti, acciocchè queste avessero potuto fare le loro osservazioni contro il suo contenuto in forma di petizione all' imperadore (*libelli refutatorii*). Tutto questo unitamente agli atti era inviato all' imperatore, che pronunziava il suo giudizio con un rescritto. Ma perchè a causa della moltitudine delle faccende giudiziarie, ch'erano presentate all' imperadore, alcuni dovevano spesso attendere lungamente per avere la decisione imperiale, (sebbene le quistioni una volta proposte, erano decise il più prontamente ch'era possibile, stantechè non ammettevasi alcun appello o *supplicatio* contro il giudizio dell' imperatore) Giustiniano vietò infine nell'anno 541 le *consultationes ante sententia*, e fece comandamento a' giudici di decidere secondo il loro criterio (1).

d. Mezzi giuridici per oppugnare la sentenza.

§. CLXXXVI.

I mezzi giuridici per oppugnare una sentenza continuarono ad essere nel quarto periodo quegli stessi, che noi esponemmo nella storia del dritto del terzo periodo, ossia, oltre l'affermazione della nullità d' una sentenza la *in integrum restitutio*, l'appello, la *retractatio*: senonchè vi fu di nuovo, che un altro se ne aggiunse agli antichi, la *supplicatio*, e per questo la procedura cambiò in alcuni punti particolari.

In quanto all' appello il passaggio delle istanze fu statuito nel seguente modo conformemente al novello ordinamento organico dell' amministrazione della giustizia. Da un giudice *pedaneus* appellavasi all'autorità, che lo aveva nominato, dai magistrati municipali al reggente della provincia: da questo non appellavasi più all' imperadore immediatamente, ma agli *spectabiles* ed *illustres*, che giudicavano *vice sacra*: da questi l'appello era fatto all' imperadore. Anche quest' ordinamento fu modificato sotto Teodosio II rispettivamente agli *spectabiles*; egli istituì una commissione ch' era composta del *praefectus praetorio orientis* e del *quaestor sacri palatii*, alla quale dovevasi appellare dagli *spectabiles* (2).

Il termine di due o tre giorni per appellare fu ritenuto anche nel dritto giustinianeo: ma nel 536 (Nov. 23) Giustiniano lo estese in tutti i casi ad un *decendium* per rimuovere l' incertezza, che avveniva sovente nel calcolo di quel termine, particolarmente quando trattavasi determinare se era applicabile il *biduum* o il *triduum*. Per l'introduzione dell' appello, o sia per la presentazione degli *apostoli* e per gli atti da farsi dall' appellante davanti al giudice di appello, era stabilito come regola un termine di sei mesi, nell' ultimo giorno dei quali (*dies fatalis*) cominciavasi a trattare la quistione. Se l' appellante aveva in non cale di farlo, perdeva un tal favore: poteva però ottenere *ex iusta causa* ed in un determinato spazio di tempo una *reparatio appellationis*. Invece di questa Teodosio II aggiunse al precedente termine per appellare tre altri *dies fatales*, ciascuno distante dall' altro di un mese: passati i quali potevasi anche chiedere una *reparatio* dall'imperadore (in tre mesi). Con molta più saviezza Giustiniano, mentrechè abbreviava i termini di cominciare gli atti di appello, ordinò per minorare le occasioni della *reparatio* dieci successivi *dies fatales* (3). Infine ordinò, che il decorso di questo termine non dovesse più produrre la perdita del dritto di appello, ma che faceva abilità alla parte contraria d' istare presso il giudice di appello per l' esame dell' appello e per la decisione (4).

Una procedura speciale fu introdotta da Costantino per gli appelli fatti all'imperadore, che precedentemente erano trattati a simiglianza degli altri (5), statuendo che dovesse seguirsi per essi la medesima procedura, che per una *consultatio ante sententiam*. Dopo il protestato appello il giudice ne formava un rapporto all' imperadore (*consultatio, relatio*), contro il quale le parti potevano fare le loro osservazioni in *libelli refutatorii*: tutto questo unitamente agli atti

(1) Nov. 125.
(2) *L.* 32. *C. de appell.* (7. 62.).
(3) *L.* 2. 5. *de temp. et reparationibus app.* (7. 63.).
(4) Nov. 126, c. 2.
(5) Cod. Theod. XI. 30: *de appell. et poen. ear. et consultationibus.*

era presentato all' imperadore, che ne decideva con un rescritto. È perciò, che un tale appello era detto *per consultationem* o *more consultationis*. Giustiniano ordinò che la presentazione di questi atti dovesse essere fatta dalle stesse parti: abolì inoltre qualunque differenza fra questo e gli appelli ordinarii, e statuì, che nella *consultatio* non potessero essere presentati novelli fatti e pruove (1).

Molte novelle limitazioni alla facoltà di appellare furono introdotte in questo periodo. Fin dal tempo di Costantino fu vietato l' appello contro le sentenze interlocutorie fatte poche eccezioni, dovendosi attendere la fine della procedura e la sentenza definitiva (2). Nel codice teodosiano fu statuito, che quando il reo convenuto per la restituzione d' una cosa era condannato in due istanze, un altro appello non avrebbe prodotto alcuno effetto sospensivo, dovendo essere costretto a restituirla (3). Giustiniano per contrario ordinò che niuno potesse appellare per la terza volta nella stessa quistione giudiziaria e sui medesimi punti, relativamente ai quali era stato già condannato due volte: la stessa regola fu applicata alla *supplicatio*, quando la terza sentenza era stata pronunziata dal prefetto pretorio (4). Giustiniano ristabilì la condizione (ch'era venuta in disuso), che l' obbietto litigioso dovesse essere d' un determinato valore, perchè si potesse appellare dai *iudices ordinari* ai superiori senza tener conto degli *spectabiles*, e questa *summa appellabilis* fu fissata a diece libbre di oro (5). Dall' altra parte fu abolita contro il soccombente la condanna della terza parte del valore dell' obbietto litigioso, essendovi stata sostituita una pena più moderata e dipendente dal criterio del giudice (6). Nel codice teodosiano fu negato l'appello contro l'*interdictum quorum bonorum* (il quale divieto fu abolito posteriormente), e contro l'*interdictum de vi* (*actio momentariae possessionis*): ma posteriormente fu bentosto ristabilito sebbene senza effetto sospensivo (7).

Fin dal terzo periodo avvenne, che le parti volgevansi al supremo potere dell'imperatore per un provvedimento contro le pregiudiziali decisioni dei magistrati con suppliche, le quali non potrebbero esser dette veri mezzi di appello contro le sentenze, e che per questa loro qualità non potevano formare una istituzione, nè avrebbero potuto essere sottoposte a regole giuridiche, per quanto poco lo potrebbe essere il supplicare per altri fini. Ma nel quarto periodo furono comprese nella serie dei mezzi di appellare, come supplemento di questi. Furono però proibite durante il processo, prima della sentenza, e nei casi nei quali potevasi esercitare ancora l'appello, o che questo era stato negletto (8): erano perciò ammesse quante volte l'appello contro una sentenza definitiva era stato escluso per altre ragioni. Un tal mezzo era principalmente adoperato contro le sentenze del prefetto pretorio, ch' erano inappellabili. In questo caso la *supplicatio* doveva esser fatta nei due anni dopo che il prefetto, contro la cui sentenza era diretta, aveva cessato dal suo ufficio. L' imperadore però non facevasi ad esaminare nè decideva egli stesso, ma rimetteva la revisione della sentenza alla stessa magistratura, che l'aveva pronunziata: da ciò era detta *retractatio*. In tal modo si spiega parimente, perchè il termine per esercitarla cominciava a decorrere dal tempo del cambiamento dell'ufficiale, importando alla parte danneggiata, che la revisione fosse fatta non dalla persona, contro il cui giudizio essa supplicava, ma dal suo successore. La *supplicatio* non aveva alcun effetto sospensivo come l'appello: ma Giustiniano riconobbe ad essa un tale effetto, quando era fatta nel termine dell' appello, ossia in dieci giorni: senonchè la parte contraria poteva chiedere l' esecuzione, purchè ne avesse assicurata con garanti la restituzione nel caso, che la sentenza venisse riformata (9).

(1) *L.* 4. 5. §. 2. *C. de temp. app.* (7. 63.) L. 37. *C. de appell. et consultationibus* (7. 62).
(2) *L.* 2. *C. Th. de appell.* (11. 30.) L. 1-3. *C. Th. quorum app.* (11. 36).
(3) Cod. *Theod.* XI. 38: *de possessione ab eo qui bis provocaverit, transferenda.*
(4) Cod. VII. 70: *ne liceat in una eademque causa tertio provocare, vel post duas sententias iudicum, quas definitio praefectorum roboraverit, eas retractare.*
(5) Nov. 23, c. 3.
(6) *L.* 6. §. 4. *C. de app.* (7. 62.).
(7) *Cod. Thed.* XI. 37 *si de momento fuerit appellatum. Cod. Iust.* VII. 69 *si de momentanea possessione fuerit appellatum.*
(8) Cod. I. 21. *ut lite pendente vel post provocationem aut definitivam sententiam nulli liceat imperatori supplicare.*
(9) Nov. 119. c. 5.

e. L' esecuzione.

§. CLXXXVII.

L' esecuzione era la conseguenza d' una condanna proveniente da una sentenza definitiva, o d'una *confessio in iure*, alla quale anche secondo il novello dritto furono riconosciuti gli effetti della *res iudicata*, ma non della semplice *contumacia* del convenuto, di cui la sola conseguenza si era, che una delle parti avesse potuto continuare la procedura parzialmente. In quanto al contenuto della condanna l' esecuzione era diretta ad ottenere una somma di denaro, o tutt'altro obbietto, ma non mai un semplice fatto, al quale veniva perciò sostituito il corrispondente valore.

Se il convenuto era condannato a dare, restituire o presentare una cosa speciale e determinata, la sentenza era eseguita direttamente, facendo il giudice dar di piglio alla cosa dai suoi servienti e rimetterla all' attore: il che aveva i medesimi effetti (per esempio per la trasmissione della proprietà quando l' obbligazione consisteva in ciò) non altrimenti che se il proprietario l'avesse fatto egli stesso. La medesima cosa avveniva, quando l' obbligazione del convenuto consisteva nella costituzione d' un dritto, per esempio d' una servitù, o nella manomissione d'uno schiavo: anche queste obbligazioni potevano essere attuate direttamente per ordine del giudice.

Una sentenza, che condannava in una somma di denaro, era eseguita colla *pignoris capio* nello stesso modo, che avveniva già nel terzo periodo (§. I. 79). Se la condanna era stata pronunziata *in contumaciam*, non adoperavasi la *pignoris capio* ma la *missio in bona*, la quale non estendevasi però a tutti i beni, ma limitavasi a quelli soli ch'erano bastanti per la sicurezza e la soddisfazione dell'attore. Tenevasi un tal modo per dare al convenuto un maggior campo di difesa ch' era possibile. Non gli era però vietato di riprendere gli atti della procedura e chiedere l'annullamento della *missio*, purchè era contumace per non essersi presentato in giudizio, e non per avere interrotto il processo già cominciato. Venivasi infine alla vendita dei beni, ch'erano compresi nella *missio*. Per contrario la *missio* estendevasi su tutti i beni, quando la somma del debito pareggiava quella della proprietà o era maggiore, ossia in caso d' insolvibilità del debitore e del concorso di più creditori. Questo concorso dei creditori era aperto colla *cessio bonorum* da parte del debitore, o in difetto di questa, colla *missio in bona* ad istanza dei creditori. È qui supposto che più creditori facessero tutti una tale istanza; a questi potevansi però associare gli altri in un tempo legislativamente stabilito, che per i presenti era di due anni, per gli assenti di quattro. Ma essendo la *missio* un mezzo di esecuzione era necessario, che il credito di ciascun creditore fosse riconosciuto da una sentenza, o da tutt' altra cosa, che teneva le veci di questa, quand' anche fosse stata pronunziata in contumacia del debitore. Ciò è chiaro per i creditori, ch' erano stati i primi a chiedere la *missio*: ma per i posteriori, prima che potessero intervenire nella *missio*, i loro crediti dovevano essere accertati giudiziariamente, potendo i creditori, che trovavansi già in possesso farsi loro contraditori, ed oppugnarne le pretensioni. Passato quel termine i creditori, che non erano intervenuti fino a quel tempo, ne erano esclusi, avendo dritto ai beni posseduti soltanto poichè i primi creditori erano stati interamente pagati (1). Una tale esclusione però non estendevasi a quelli, che venivano ad esercitare un' azione reale, per esempio un dritto di proprietà sui beni posseduti dal debitore, o qualunque altro dritto reale. Questi ed anche i creditori pegnoratizii, che volevano esser soddisfatti esclusivamente sul pegno, non erano obbligati anche secondo il dritto giustinianeo a concorrere cogli altri creditori, che dovevano rilasciar loro il pegno, quando non amavano meglio liberarsene pagandoli.

Durante quei quattro anni i beni rimanevano in possesso dei creditori immessi, e nell' amministrazione d' un *curator bonorum*, che nello stesso tempo facevasi contraditore di coloro che intervenivano in questo intervallo; decorso il quale venivasi alla vendita, che seguiva sotto la vigilanza del curatore. In tal modo fu annullata l' antica *venditio bonorum*: la vendita non fu fatta più in massa ad un solo *bonorum emtor*, che obbligavasi al pagamento dei debiti, ma spartitamente come *distractio bonorum* per soddisfare i creditori col prezzo di essi. La divisione era fatta dal giudice rispettando i privilegi, che potevano avere alcuni creditori: per i creditori, che avevano dritti eguali, e quando i beni venduti non bastavano per la com-

(1) Justiniano, L. 10. *C. de bonis auctor. iud. possid.* (7. 72).

piuta soddisfazione dei loro crediti, la distribuzione avveniva *pro rata*. Per contrario il superfluo era conservato per i creditori, che intervenivano posteriormente.

Secondo il dritto posteriore il debitore insolvibile era condannato all' infamia ed alla prigionia. Eravi anche una esecuzione personale, ch'era eseguita però quando gl' immessi in possesso non erano appieno soddisfatti: il solo fisco poteva chiedere fin dalle prime quella esecuzione personale. Ma il debitore poteva impedire l' infamia e la prigionia colla *cessio bonorum*, ch' egli doveva confermare col giuramento, di non avere ritenuta cosa alcuna dei suoi beni, ma che avevali ceduti tutti lealmente (1).

(1) Hollweg, I. §. 31.

FINE DEL PRIMO VOLUME.

